

UiO : **Det juridiske fakultet**

Self-Cleaning i det nye anskaffelsesdirektivet

Om self-cleaning bestemmelsens innvirkning avvisningsplikten, herunder forholdet til utestengelsesperioden og dokumentasjonskrav.

Kandidatnummer: 507

Leveringsfrist: 25. November 2014

Antall ord: 15 232



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Om offentlige anskaffelser.....	1
1.2	Tema for oppgaven og problemstilling.....	2
1.3	Metode og rettskildene.....	2
1.4	Avgrensninger og begrepsavklaringer	3
1.5	Videre fremstilling	4
2	SELF-CLEANING.....	5
2.1	Problemstilling	5
2.2	Self-cleaning i anskaffelsesdirektivet(Art. 57(6)).....	5
2.2.2	Bote for skaden.....	6
2.2.3	Klargjøring av fakta.....	7
2.2.4	Tekniske, administrative og personelle grep	7
2.3	Rekkevidden av bestemmelsen	9
3	FORMÅL OG GRUNNPRINSIPPER.....	10
3.1	Problemstilling	10
3.2	Formål og hensyn.....	10
3.2.1	Effektivitet og self-cleaning	10
3.2.2	Tillit og self-cleaning.....	12
3.3	Grunnprinsipper	13
3.3.1	Proporsjonalitetsprinsippet og self-cleaning	13
3.3.2	Likebehandling, ikke-diskriminering og self-cleaning.....	14
3.4	Oppsummering.....	15
4	AVVISNINGSGRUNNLAGENE	17
4.1	Problemstilling	17
4.2	Obligatorisk avvisning	17
4.2.1	Innledning	17
4.2.2	Om vilkåret «kjenner til».....	18
4.2.3	Om vilkåret «rettskraftig dom»	19
4.2.4	De enkelte avvisningsgrunnlagene	19
4.2.4.1	Deltakelse i organisert kriminalitet	19
4.2.4.2	Korrupsjon	20
4.2.4.3	Bedrageri	21
4.2.4.4	Nye avvisningsgrunnlag.....	21

4.2.5	Fakultativ avvisning	22
4.2.6	Utestengelsesperioden	23
4.3	Dokumentasjon	25
4.3.1	Innledning	25
4.3.2	Dokumentasjonskrav og Det Europeiske anskaffelsesdokument, art. 59.....	25
4.3.2.1	Tilfeller der myndighetene må akseptere egenerklæring	27
4.3.2.2	Tilfeller der myndighetene ikke behøver å akseptere egenerklæring	28
4.3.3	Dokumentasjonskrav og self-cleaning.....	28
4.4	Rekkevidden av bestemmelsene	30
5	VURDERING.....	32
5.1	Innledning	32
5.2	Self-cleaning og avvisningsplikten	32
5.2.1	Hva er tilstrekkelig self-cleaning?	33
5.3	Self-cleaning og utestengelsesperioden	34
5.4	Self-cleaning og dokumentasjonskrav	36
6	AVSLUTNING.....	41
7	LITTERATURLISTE	43

1 Innledning

1.1 Om offentlige anskaffelser

Offentlige myndigheter i EU/EØS-land gjør innkjøp av varer og tjenester for enorme summer hvert eneste år. Innen EU foretok man i 2011 anskaffelser for omtrent 2405 milliarder euro.¹ I Norge var tallet 408 milliarder kroner i 2012.² Dette er anskaffelser som innbefatter blant annet innkjøp av materiell, varer, tjenester og anleggs- og byggearbeider. For å sikre at disse pengene blir brukt på en fornuftig og riktig måte har man etablert et omfattende regelverk både i EU og medlemslandene for øvrig som skal sikre både at pengene blir brukt så effektivt som mulig, men også ivareta tilliten til de offentlige myndighetene.

Nettopp for å sikre tilliten og effektiviteten til systemet fungerer også regelverket som et verktøy for å bekjempe korrupsjon, hvitvasking og annen form for økonomisk kriminalitet. Er man kjent skyldig i økonomisk kriminalitet vil man avvises og utestenges fra deltakelse i fremtidige anbudsrunder. En slik mekanisme vil for det første hindre at uærlige tilbydere blir tildelt kontrakter fra det offentlige, samtidig som vil det forhindre selskaper å drive uærlig i fremtiden, altså en preventiv effekt.

I februar 2014 ble det vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv i EU som blant annet skjerper disse tiltakene, og angir en videre adgang til å utestenge leverandører som driver uærlig og som er dømt for økonomisk kriminalitet.³ I det nye direktivet har man i tillegg til korrupsjon, hvitvasking, svindel og organisert kriminalitet, inntatt terroraktiviteter, barnearbeid og menneskehandel som obligatoriske avvisningsgrunner.⁴

I tillegg til de nye avvisningsgrunnlagene har man i avvisningsregelverket også tatt inn en unntaksbestemmelse som gir økonomiske aktører, som er dømt for forhold som kvalifiserer til avvisning, en mulighet til igjen å delta i anbudsrunder gjennom såkalte «self-cleaning»-tiltak.⁵ Dette er tiltak som kontraktsmyndighetene må ta hensyn til ved en eventuell vurdering av tilbydere som i utgangspunktet skulle vært avvist, og som innebærer visse erstatningsmessige og administrative tiltak som selskapet må foreta for igjen kunne bli ansett som en troverdig tilbyder

¹ Public Procurement indicators 2011, av 5. desember 2014 s.2

² Statistisk sentralbyrå. <http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2014-08-22>

³ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

⁴ Anskaffelsesdirektivet art. 57 (1)

⁵ Anskaffelsesdirektivet art. 57 (6)

1.2 Tema for oppgaven og problemstilling

Problemstilling:

«Self-cleaning i det nye anskaffelsesdirektivet. Om self-cleaning bestemmelsens innvirkning på avvisningsplikten, herunder forholdet til utestengelsesperioden og dokumentasjonskrav.»

Det er i all hovedsak denne problemstillingen som denne oppgaven skal belyse. For det første hva self-cleaning adgangen innebærer og hvilke hensyn som bør tas ved anvendelsen av denne bestemmelsen, for det andre hvordan self-cleaning adgangen står i forhold til avvisningsgrunnlagene i det nye anskaffelsesdirektivet. Til slutt vil jeg særlig fokusere på lengden av utestengelsesperioden og hva som er tilstrekkelig dokumentasjon for at en leverandør igjen skal kunne sees på som pålitelig. Oppsummert skal jeg ta for meg hva self-cleaning er, hvorfor det er relevant, og hvordan det bør tolkes og gjennomføres i nasjonal lovgivning.

Mer konkret vil analysen søke å besvare tre hovedproblemer: Forholdet mellom self-cleaning og de obligatoriske avvisningsbestemmelsene, og i hvilken grad reglene om utestengelsesperioden og dokumentasjonskrav tar høyde for self-cleaning i det nye anskaffelsesdirektivet?

1.3 Metode og rettskildene

De relevante rettskildene for problemstillingen vil i all hovedsak være EU-direktiv 2014/24/EU, som er det nye anskaffelsesdirektivet, og for komparative formål det gamle EU-direktivet om offentlige anskaffelser, EU-direktiv 2004/18.⁶ Siden det nye anskaffelsesdirektivet trådte i kraft i april i år (2014), er det følgelig heller ikke inntatt i EØS-avtalen. Av den grunn er det heller ikke norsk rett. Derfor har jeg valgt å ha, i all hovedsak, en EU-rettslig tilnærming til oppgavens problemstilling. Siden anskaffelsesretten både er norsk rett og EU-rett vil jeg dog forsøke å bruke noe norsk rett som eksempel og bakteppe. Dette gjøres i all hovedsak ved departementets veiledninger og tolkningsuttalelser.

For å belyse problemstillingen og gjeldende rett nærmere vil jeg bruke rettspraksis fra EU-domstolen og juridisk litteratur som angår både EU-rett, men også norsk og annet rett (bla. Amerikansk og regler innen WTO). Videre vil forarbeider og veiledere fra norske myndigheter være relevante rettskilder for å belyse regelverkets innvirkning på norsk rett. Vekten av disse innen anskaffelsesretten er relativ mindre enn de har på tradisjonelle norske rettsområder, men de er allikevel av relevans i tilfeller hvor direktivet gir nasjonalt spillerom.

⁶ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council

1.4 Avgrensninger og begrepsavklaringer

Oppgaven vil i all hovedsak fokusere på self-cleaning adgangen og lovfestingen av adgangens relasjon til avvisningsregelverket, dokumentasjonskrav og utestengelsesperiode. Ved å fokusere på self-cleaning er det en rekke problemstillinger som kun vil bli behandlet som bakgrunnsstoff, det vil si at de blir nevnt, men ikke utførlig drøftet. Særlig vil problematikken knyttet til begrepene «rettskraftig dom», «avvisningsrett» (fakultativ avvisning) og «identifikasjon» få mindre oppmerksomhet. Jeg har valgt å nevne kun sentrale momenter rundt disse temaene, som, etter mitt skjønn, er relevante for self-cleaning adgangen. På denne måten kan de danne et bakteppe for diskusjonen rundt oppgavens tema, uten at de av den grunn går inn i selve kjernen av diskusjonen. Mer kontraktsrettslige problemstillinger som oppsigelse, heving og revisjon, vil på grunn av avvisningsplikten og self-cleaning adgangen karakter som problemstillinger knyttet til før kontraktsinngåelse, faller utenfor oppgavens tema. Tematikk knyttet til andre virkninger av økonomisk kriminalitet som inndragning, foretaksstraff, erstatningsansvar og omdømmetap vil heller ikke bli behandlet i oppgaven.

Som sagt, vil jeg også unngå å gå i dybden på problemstillinger knyttet til fakultativ avvisning, og heller valgt å fokusere på den obligatoriske avvisningen. Dette i all hovedsak av plasshensyn, men også for å fremstille et mer oversiktlig bilde av avvisningsinstituttet som bakteppe for self-cleaning adgangen. Dessuten er det, etter mitt skjønn, den obligatoriske avvisningen som gir et klarest bilde av avvisningsinstituttets grunnleggende problemstillinger i EU-retten, herunder kravet om proporsjonalitet, ikke-diskriminering og likebehandling.

Et begrep som er gjennomgående i oppgaven er avvisning. *Avvisning* er et begrep som har å gjøre med den enkelte leverandørs stilling i den enkelte konkurranse. Det er en kompetanse de offentlige myndighetene har som kan hindre at en økonomisk aktør får delta i en anbudskonkurranse. Det er altså noe som utøves forut for kontraktsinngåelsen.

Avvisning relaterer seg, med tanke på den obligatoriske avvisningsplikten, særlig til utestengelsesperioden. *Utestengelse* i dette henseende er virkningen av avvisningen. Dersom en leverandør blir avvist, vil selskapet kunne bli utestengt fra fremtidige anbudsprosesser i et gitt tidsrom, med mindre andre hensyn spiller inn. Dette vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven.

Når det kommer til offentlige myndigheter, vil oppgaven bruke begrepene *kontraktsmyndighet*, *oppdragsgiver* og *myndigheter*. Disse begrepene dekker kort sagt offentlige organer som ikke har en kommersiell natur.⁷ I direktivets art. 2 er «ordregivende» myndigheter definert

⁷ Definisjon hentet fra Arrowsmith (2014) s. 339

som: «staten, regionale eller lokale myndigheter, offentligretlige organer, sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.»⁸ Det sentrale er i alle tilfelle at det dreier seg om organ som er forpliktet til å følge regelverket om offentlige anskaffelser.⁹

Et enda videre konsept er det jeg i oppgaven omtaler som leverandør, økonomisk aktør eller selskap. Disse blir i direktivet definert som: «enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.»¹⁰ Det er særlig viktig å legge merke til presisjonen i siste punkt, som sier at det dreier seg om økonomiske aktører som tilbyr varer eller tjenester til markedet, hvor altså kontraktsmyndigheten opererer. I de fleste tilfeller vil det også dreie seg om en aktør som har kommet med et tilbud i en anbudsprosess.

1.5 Videre fremstilling

Først vil jeg i kapittel 2 ta for meg self-cleaning adgangen slik den er lovfestet i EU-direktiv 2014/24, og drøfte vilkårene i bestemmelsen i lys av praksis i land som har praktisert self-cleaning før direktivet trådte i kraft. Videre, i kapittel 3, ønsker jeg å få frem hvilke hensyn som har virket motiverende for self-cleaning adgangen ved å ta for meg noen av de grunnleggende formål og prinsipper i EU-retten, da spesielt i relasjon til avvisningsinstituttet. I kapittel 4 skal jeg forsøke å plassere self-cleaning adgangen rettslig ved å ta for meg avvisningsreglene i anskaffelsesdirektivet, og gi et overblikk om hvordan de praktiseres. Før jeg til slutt skal forsøke å vurdere i hvilken grad self-cleaning adgangen er hensiktsmessig tatt høyde for i forbindelse med hensikten bak regelen og hvordan det er åpnet for at den skal praktiseres.

⁸ Anskaffelsesdirektivet art. 2 (1) pnkt 1.

⁹ Dragsten (2013) s. 51

¹⁰ Art 2 (1) pnkt 10.

2 Self-cleaning

2.1 Problemstilling

Self cleaning i anskaffelsesretten er som tidligere nevnt ikke noe nytt begrep, selv om det først nå har kommet inn i anskaffelsesdirektivet. Det har vært et konsept som i flere år har vært brukt i lovgivning, også innen offentlige anskaffelser, over hele verden og innen for EU-medlemsland. Som følge av dette er vilkårene som self-cleaning bestemmelsen i 2014-direktivet er bygger på også i stor grad hentet fra medlemslandspraksis, da særlig Østerrike og Tyskland.¹¹

Medlemslandene har selv en betydelig skjønnsfrihet når det kommer til implementeringen av self-cleaning i nasjonale lovgivning.¹² Som et resultat av dette har de stor frihet når det kommer til hva som skal anses som tilstrekkelige tiltak for at self-cleaning skal være oppfylt.

I tillegg til at det er gitt rom for medlemslandene selv å bestemme hva bestemmelsen skal innebære i nasjonal lovgivning, stiller det seg også en viss usikkerhet til hva meningsinnholdet til vilkårene faktisk er. Det er dette jeg skal forsøke å klargjøre i dette kapittelet. På bakgrunn av mangel på rettspraksis og andre rettskilder, vil denne delen av oppgaven ta utgangspunkt i Pünder, Priess og Arrowsmiths komparative analyse av selv-cleaning i deres bok fra 2009, for å redegjøre for de tre hovedvilkårene som er opplistet i art. 57 (6).¹³ Dette er altså en analyse som er gjort før self-cleaning adgangen i anskaffelsesdirektivet ble vedtatt, men den er skrevet blant annet på bakgrunn av rettspraksis, også innen EU, i land hvor konseptet har vært en del av nasjonal rett i lengre tid. Dermed gir den viktige innspill angående hva som vil være relevante punkter for tolkningen av bestemmelsen og en nasjonal implementering av regelverket.

2.2 Self-cleaning i anskaffelsesdirektivet(Art. 57(6))

2.2.1 Innledning

Self-cleaning bestemmelsen i direktivets art. 57(6) lyder som følger:

«En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en

¹¹ Preiss (2014) s. 122

¹² Ibid. s. 122

¹³ Pünder (2009)

sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.»

(mine understreknings) ¹⁴

Det innebærer altså at en økonomisk aktør som har blitt dømt for forhold som kan føre til avvisning, likevel kan bli med i en anbudsrunde dersom den, for det første, har gjort opp for skaden den har påført, for det andre har bidratt til å klargjøre fakta rundt overtredelsen og selskapet for det tredje har gjort tilstrekkelige tekniske, administrative og personelle tiltak slik at den kunne anses som rensert. Altså, dersom den økonomiske aktøren kan dokumentere sin egen pålitelighet, til tross for den relevante avvisningsgrunnen, vil selskapet likevel ikke bli utestengt fra anbudsprosessen. Denne adgangen må i alle tilfelle anses som relativt snever, og man må anta at det må kreves omfattende tiltak, særlig i relasjon til obligatorisk avvisning, for at et selskap til tross for domfellelse ikke skal kunne bli avvist på dette grunnlag.

2.2.2 Bote for skaden

Det er for det første et krav for at man har foretatt tilstrekkelige self-cleaning tiltak at man gjør opp for den finansielle skaden man har påført. Tanken bak dette er at det bare er leverandører som viser anger og viser at de tar ansvar for skaden som selskapet har påført, som kan beviselig stadfeste at de ikke vil akseptere slike handlinger i fremtiden.¹⁵ I Tyskland har dette særlig fått gjennomslag i praksis. Her viser rettspraksis at økonomisk kompensasjon er tilstrekkelig, men i noen tilfeller må også andre tiltak settes i verk for at det skal være tilstrekkelig.¹⁶ For eksempel eksisterer det et tilfelle i tysk rettspraksis som omhandler systematisk svartmaling av et annet firma.¹⁷ I denne saken måtte den dømte sende inn en annonse i en avis hvor den trekker tilbake all negativ omtale, og på den måten bote for skaden den påførte.¹⁸ Dette er dog et tilfelle som tilhører unntakene. I tysk rett er det ved normalt tilfeller tilstrekke-

¹⁴ Anskaffelsesdirektivet art. 57 (6)

¹⁵ Pünder (2009) s.192

¹⁶ Pünder (2009) s.193

¹⁷ Pünder (2009) s.77

¹⁸ Det er her viktig å påpeke at man i tysk rett benytter naturalreparasjon i større utstrekning enn f. eks i norsk rett, og at i dette lyset er ikke dette en oppsiktsvekkende sanksjon.

lig at man betaler for den økonomiske skaden. Dette innbefatter ikke allerede betalte erstatninger, men mer at tilbyderer anerkjenner deres plikt til å betale kompensasjon.¹⁹

2.2.3 Klargjøring av fakta

Det andre momentet som kreves av self-cleaning tiltak er at leverandøren må samarbeide med myndighetene for å få fakta og sammenhenger på bordet. Dette innebærer at de aktivt må bidra ovenfor myndighetene til å klargjøre fakta og redegjøre for hvilke personer som er ansvarlig så raskt og grundig som mulig.²⁰ Et slikt samarbeid er nødvendig for å sikre at også de andre vilkårene for self-cleaning er tilstrekkelige, som videre vil kunne svekke tilliten til at disse tiltakene er gjennomført på en tilfredsstillende måte. Det å kreve samarbeid fra leverandøren for å klargjøre fakta er i generelle termer basert på at den som ikke er villig til å samarbeide, vil også ha vanskeligheter med å innse feilene og ikke gjøre samme feil i fremtiden.²¹ Det er kun i tilfeller der leverandøren har anerkjent ansvar at de kan bli ansett som «cleaned».²²

I tysk rett har det lenge vært et vilkår at undersøkelser skal skje under oppsyn av uavhengige organer eller personer.²³ I slike tilfeller må altså den dømte tilbyderer forholde seg til både undersøkelsesorganet og kontraktsmyndigheten for å få stadfestet de relevante fakta.

2.2.4 Tekniske, administrative og personelle grep

Meningsinnholdet i dette vilkåret til en viss grad avklart i direktivets forale punkt 102, som lyder:

«afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.»²⁴

Personelle grep, eller handlinger, i dette henseende innebærer at selskapet har en plikt til å fjerne aksjeeiere, lederpersonell og ansatte som har vært involvert. På den måten skal selskapet sikre at all personell som har vært involvert i overtredelsen av bestemmelsen ikke lenger

¹⁹ Pünder (2009) s.77

²⁰ Pünder (2009) s.5

²¹ Ibid. s. 5

²² Ibid. s. 5

²³ Ibid. s. 5

²⁴ Anskaffelsesdirektivets forale premiss 102

vil være en del av selskapet, eller ha mulighet til å påvirke avgjørelser i fremtiden.²⁵ Dette tjener først og fremst et preventivt og avskrekkende formål.²⁶ Det kan også tenkes at i mindre alvorlige tilfeller, der for eksempel en ansatt kun har kun kjent til overtredelsen, at det er tilstrekkelig å iverksette mindre alvorlige virkemidler enn for eksempel oppsigelse.²⁷

I Italia har man ført en hard linje på dette punktet. Der har det ikke vært tilstrekkelig at man fjerner involvert personell, her krever man også at selskapet fører en straffesak mot dem, som skal kunne virke som en oppreisning for selskapet selv.²⁸ I Tyskland derimot har man lagt seg på en linje som er mer i tråd med det som er skissert over. Der er det sågar en adgang til mildere reaksjoner mot handlinger som er mindre alvorlige. Dette kan være alminnelig oppsigelse, en avtale om tidlig pensjonsavgang, at den involverte blir flyttet til en annen avdeling eller i noen tilfeller, kun en reprimande.²⁹ I tysk rett er det også adgang til at man kun beviser at personen ikke vil ha mulighet til å påvirke fremtidige avgjørelser, dette gjelder særlig for aksjeeiere og lignende.³⁰ Dette er tilfeller hvor det vil være vanskeligere å kvitte seg med den involverte, siden det ikke eksisterer noe alminnelig ansettelsesforhold i relasjon til disse.

Når det gjelder rent administrative tiltak er dette tiltak som i større grad enn i de andre retter seg mot fremtidige avgjørelser og drift av selskaper, og vil i det store og hele ha en klar preventiv effekt. Det kan innebære videreutdanning av ansatte angående anskaffelsesregelverket eller man kan etablere et internt regelverk med et sett med retningslinjer for hvordan man skal agere i gitte situasjoner som kan relateres til avvisningsregelverket. Det kan også være relevant å etablere kontrollsystemer og ordninger hvor man rullerer ansatte i posisjoner som kan være spesielt utsatt for korrupsjon og lignende kriminalitet i selskapet.

Pünder hevder også i sin analyse at det å etablere bindende retningslinjer for selskapet er et effektivt virkemiddel. En slik standardisering av hvordan selskapet opptrer på er avgjørende i mange tilfeller.³¹ Det å etablere kontrollsystemer slik at man på den måten får en to-steps avgjørelsesprosess vil også være viktig. Til slutt nevner Pünder at det er viktig å etablere et varslersystem.³² Dette innebærer at dersom en ansatt får rede på handlinger som vil kunne være ulovlige, skal denne varsleren kunne bli beskyttet under prosessen og ha en kanal hvor den

²⁵ Pünder (2009) s.6

²⁶ Pünder (2009) s. 193

²⁷ Ibid. s. 193

²⁸ Ibid. s. 193

²⁹ Pünder (2009) s. 194

³⁰ Ibid. s. 194

³¹ Pünder (2009) s. 195

³² Pünder (2009) s. 196

ansatte skal kunne si fra om sine bekymringer. Dette innebærer at man kan få en mer åpen selskapskultur som vil gjøre det vanskeligere å gjennomføre ulovlige handlinger i fremtiden.

2.3 Rekkevidden av bestemmelsen

I utgangspunktet gjelder altså self-cleaning adgangen for alle tilfelle der en økonomisk aktør har blitt rettskraftig dømt for et forhold som kan føre til avvisning og de tilfellene hvor leverandøren kan bli avvist på grunnlag av de fakultative avvisningsgrunnlagene.

Det er likevel noen viktige unntak fra dette utgangspunktet. Først og fremst gjelder ikke self-cleaning i tilfeller der utestengelsen i seg selv har blitt avgjort av en rettskraftig dom i en medlemsstat.³³ Dette betyr at dersom en domstol fastsetter en utelukkelse fra andbudsprosesser som en del av straffesankjonen mot en leverandør, så kan ikke denne utestengelsen fravikes selv om selskapet setter i verk self-cleaning tiltak etter art. 57 (6).

Art. 57 (6) gir også noen føringer når det gjelder hvordan kontraktsmyndighetene skal agere overfor en avvist leverandør. Det er nemlig opprettet tiltak som skal sikre en rettferdig behandling ved at man i tilfelle avvisning, til tross for at man har forsøkt å iverksette self-cleaning tiltak, har krav på en offisiell begrunnelse på hvorfor man har blitt avvist.³⁴

³³ Arrowsmith (2014) s. 1272

³⁴ Jf. Art. 57 (6): «Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse»

3 Formål og Grunnprinsipper

3.1 Problemstilling

Self-cleaning, er som nevnt, ikke noe nytt rettslig begrep. Likevel ble det ikke inntatt i anskaffelsesdirektivet før nå i år (2014). Vurderingsmomenter jeg mener er fruktbart å ta med i betraktningen er hvorfor self-cleaning adgangen nå er direktivfestet, hvilke hensyn er de motiverende ved innføring av en slik bestemmelse, og hvilke prinsipper søker man å ivareta?

3.2 Formål og hensyn

3.2.1 Effektivitet og self-cleaning

Effektivitetshensynet i anskaffelsesretten brukes i flere betydninger. For det første henviser begrepet til effektivitet i relasjon til grunnsetningen om at anskaffelsesregelverket skal gi valuta for pengene for offentlige myndigheter ved innkjøp.³⁵ For det andre kan begrepet henvise til behovet for en effektiv forvaltning, i den forstand at man søker å skape en effektiv prosess og ressursbruk i forbindelse med anskaffelsesprosessen både innad hos den enkelte kontraktsmyndighet, men også i relasjon til leverandøren. I tillegg til dette kan anskaffelsesregelverket også brukes til andre formål med tanke på effektivitet, som har et mer sosialt og miljømessig bakteppe.³⁶

Det er altså et av hovedformålene at offentlige virksomheter skal få mest mulig ut av pengene ved kjøp anskaffelse varer og/eller tjenester. Effektivitet i relasjon til dette består av tre aspekter.³⁷ Det første vil være å sikre at varene og tjenestene er passende for det formålet de skal brukes til. At de møter de krav og behov som myndighetene har til den varen/tjenesten. For det andre skal man sikre seg best mulige betingelser. Det er nærliggende å tenke at det her først og fremst handler om pris, hvilket sannsynligvis ofte tilfelle, men det er også snakk om kvalitet. Det siste aspektet innen effektive anskaffelser er å sikre at leverandøren faktisk kan levere varene til de betingelsene som er avtalt.³⁸ I sum skal man sikre at man får den beste pris/kvalitet/behov-kombinasjonen.³⁹ Det er mye lovgivningen innen anskaffelsesregimet som har nettopp et slikt trehodet effektivitetsformål for øyet. Denne lovgivningen er utformet på en slik måte at den sikrer at effektiviteten ikke blir forringet av mer eller mindre bevisste handlinger, sånn som korrupsjon eller diskriminering, særlig til fordel for lokale/nasjonale

³⁵ Arrowsmith (2011) s. 5

³⁶ Ibid. s. 5

³⁷ Inndeling hentet fra Arrowsmith (2011) s. 6

³⁸ Ibid. s. 6

³⁹ I praksis betegnes dette i Norge som «det økonomiske mest fordelaktige tilbudet».

leverandører.⁴⁰ Slik sett går kampen mot korrupsjon osv. inn under et effektivitetsperspektiv, også når det er snakk om adgangen til self-cleaning. Årsaken er at dersom selskaper som har gjennomgått self-cleaning tiltak utelukkes, vil også antall relevante tilbydere reduseres og som en konsekvens av dette minske sannsynligheten for å inngå en kontrakt med den beste pris/behov/kvalitet-kombinasjonen.

Det kan også hevdes, slik Arrowsmith (2011) gjør, at et slikt effektivitetsperspektiv er særdeles viktig når man har å gjøre med omfattende regelverk knyttet til offentlig forvaltning.⁴¹ Effektiv drift blir ofte fremholdt som vanskeligere å gjennomføre i det offentlige, kontra det private. En årsak til dette kan være at det er lettere å ty til nasjonal diskriminering av leverandører innen det offentlige. Et annet moment som kan virke inn her er det faktum at et offentlig organ lite trolig kan gå konkurs, og på denne måten er det mindre press på å skape økonomiske resultater for de ansatte i offentlige myndigheter i forhold til ansatte i private selskaper⁴²

Effektivitetsformålet kan lett komme i konflikt med andre formål innen anskaffelsesregelverket. Et særlig eksempel kan være der man mottar det beste tilbudet etter anbudsfristens utløp. I henhold til likebehandlingsprinsippet skal dette tilbudet følgelig avvises, mens alle hensyn knyttet til effektivitet og valuta for pengene vil tilsi at det skal få være med videre. Det kan også være tilfeller der tiltak for å forhindre korrupsjon kan komme i konflikt med andre formål. Særlig på grunn av at de obligatoriske avvisningsreglene utelukker skjønn som element fra det offentliges side, noe som følgelig gjør at muligheten til å favorisere visse leverandører uteblir. Dette skjønnet kan for øvrig også tenkes brukt for å gi bedre valuta for pengene.

Som nevnt i innledningen til dette kapitlet, er effektivitet som prinsipp og formål i anskaffelsesdirektivet også fremhevet særskilt i premiss 2 i det nye anskaffelsesregimet, som understreker viktigheten og relevansen av mange av aspektene jeg har tatt for meg over:

«Offentlige indkøb spiller en central rolle i Europa 2020-strategien, [...] som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler. I denne forbindelse bør reglerne om offentlige indkøb [...] revideres og moderniseres for at gøre anvendelsen af de offentlige midler mere effektiv, navnlig ved at fremme små og mellemstore virksomheders (SMV'ers) deltagelse i offentlige udbud og for at gøre det muligt for indkøbere at udnytte offentlige udbud bedre til støtte for fælles samfundsmål.»⁴³

⁴⁰ Arrowsmith (2011) s. 6

⁴¹ Ibid. s. 6

⁴² Ibid. s. 6

⁴³ Directive 2014/24/EU fortale premiss 2

3.2.2 Tillit og self-cleaning

Sentralt i formålet tillit ligger det at man søker å forhindre korrupsjon og interessekonflikter i forbindelse med offentlige anskaffelser og det er derfor viktig å sikre tilliten til systemet og de offentlige instansene. Kampen mot korrupsjon er i relasjon til oppgavens tema viktig med tanke på tillitt til systemet. Korrupsjon i dette henseende kan forekomme i flere former. For det første kan det være å tilby kontrakter på grunnlag av bestikkelse. Det kan også være dersom man gir kontrakter på bakgrunn av egeninteresse, i interessen til noen som står en nær, eller til politiske eller finansielle støttespillere.⁴⁴ Korrupsjon i slik form kan skje både når man tilbyr kontrakter, og i ettertid. Det kan eksempelvis være tilfeller der man får betalt for oppdrag eller varer som ikke eksisterer. Det er viktig i så måte at man har en helhetlig og klar idé om hva korrupsjon er og hvordan man angriper fenomenet. Som med effektivitetsformålet er det også her viktig å ha fokus på slike faktorer i relasjon til offentlige sektor, da lønningene her mange steder er lave og strukturene for å motvirke slik korrupsjon er svake.⁴⁵

Som nevnt over, er det en klar sammenheng mellom effektivitet og tillit. Det er for det første klart at dersom man tildeler en kontrakt til et selskap på grunnlag av bestikkelser, er det stor sannsynlighet for at dette ikke er det tilbudet som gir best pris/kvalitet/behov-kombinasjon. Dette kan også ha den fremtidige effekt at selskaper vil unngå å delta i anbudsrunder på bakgrunn av tidligere korrupsjonsskandaler eller lignende hendelser forbundet med en anbudsprosess.

Det kan også tenkes tilfeller der kampen mot korrupsjon og formålet med tillitt til forvaltningen kan kollidere med andre formål. Det kan være tilfeller der kampen mot korrupsjon, også innen anskaffelsesprosedyrer, med tanke på saksbehandlingstid og arbeidstimer, kan være såpass kostnadstunge at det går ut over effektiviteten til hele prosessen. Selv om dette ikke er noen reell problemstilling de fleste steder, så er det verdt å ta med i betraktningen når man bruker store ressurser på å sikre at konkurransen skal foregå på en så rettfærdig måte som mulig. Et annet aspekt her, som nevnt over, er at mangelen på skjønnsmessige avgjørelser kan virke forstyrrende på konkurransen. I tilfeller hvor man har obligatoriske avvisningsgrunner for å bekjempe korrupsjon, vil det muligens være mer å hente, hvert fall ut i fra et effektivitetsperspektiv, dersom man tillot et mer forhandlingsbasert system også på disse tilfellene.

I lys av dette vil self-cleaning adgangen være en nyttig nyvinning i og med at det kan skape en balanse mellom behovet for å skape tillit til systemet og behovet for en effektiv anskaffelsesprosess. Med self-cleaning vil man for det første sikre tilliten ved å ha et regelverk som

⁴⁴ Arrowsmith (2011) s.8

⁴⁵ Arrowsmith (2011) s.8

hindrer uærlige tilbydere å delta i anbudsprosessen, og samtidig gi leverandører som tidligere har blitt avvist et insentiv til å forbedre seg. I tillegg vil man sikre effektiviteten ved at man vil få en bedret konkurranse siden flere gis adgang til å være med på anbudsprosessen.

3.3 Grunnprinsipper

3.3.1 Proporsjonalitetsprinsippet og self-cleaning

Proporsjonalitetsprinsippet er et viktig og grunnleggende prinsipp i hele EU-retten. Det er lovfestet i TEU art. 5(4) som sier at prinsippet gjelder for all EU-lovgivning. Dette impliserer at det også at det gjelder for alle medlemsstater og land om implementerer EU-regelverk. Proporsjonalitetsprinsippet går ut på at handlinger ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå målene med lovgivningen. EU-domstolen har også flere ganger understreket viktigheten av prinsippet, se eks. C-331/8846 At det også er et sentralt prinsipp for anskaffelsesretten og bruk av avvisningsbestemmelsene har også blitt stadfestet av domstolen, se blant annet C-213/07, Michaniki AE, som sier følgende om betydningen av proporsjonalitetsprinsippet i relasjon til avvisning av leverandører:

«Heraf følger, at en medlemsstat er berettiget til ud over de udelukkelsesgrunde, som er støttet på kriterier vedrørende faglige kvalifikationer, (...) at fastsætte udelukkelsesgrunde med henblik på inden for rammerne af offentlige udbudsprocedurer at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet i forhold til alle de bydende og princippet om gennemsigtighed. Imidlertid må sådanne foranstaltninger i henhold til proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål.»⁴⁷

Medlemsstater er bundet på samme måte som EU selv, på denne måten kan proporsjonalitetsprinsippet bli brukt for å utfordre lovligheten av nasjonale handlinger som faller inn under fellesskapets sfære.⁴⁸ Derfor må også implementeringen av anskaffelsesdirektivets avvisningsregler være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. Dette er relevant, særlig med tanke på at avvisningsbestemmelsen i 2004 direktivet i flere år har vært kritisert for mangelen på proporsjonalitet. Det er særlig den obligatoriske avvisningsplikten som har vært gjenstand for diskusjon, siden en overtredelse av et av grunnlagene har villet føre til en permanent eller langvarig utestengelse, uten at det i utgangspunktet er en særlig åpning for formildende omstendigheter eller mulighet for leverandøren til å kunne forsvare seg eller gjøre tiltak for å forbedre seg. Proporsjonalitetsprinsippet har på bakgrunn av dette på mange måter vært moti-

⁴⁶ C-331/88(13): «Efter Domstolens faste praksis hører proportionalitetsprincippet til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger»

⁴⁷ C-213/07 premiss 47 og 48

⁴⁸ Arrowsmith (2009) s. 267

verende for at self-cleaning adgangen har blitt kodifisert i det nye direktivet.⁴⁹ Dette på grunn av at man ikke skal foreta unødvendig strenge tiltak, med tanke på til de målene man ønsker å oppnå. I relasjon til self-cleaning vil dette for det første si at det å utestenge en tilbyder som har gjennomgått relevante tiltak ikke vil være proporsjonalt siden formålet med utestengningen potensielt allerede er oppnådd, i form av at man igjen skal kunne ha tillit til den aktuelle leverandøren. I tillegg vil proporsjonalitetsprinsippet være relevant i den forstand at kontraktsmyndighetene må ta hensyn til hvor alvorlig omstendighetene er når de avgjør om self-cleaning tiltakene kan anses som tilstrekkelig. Dersom man ikke anser dette som tilstrekkelig, må man grunngi det overfor den økonomiske aktøren. På denne måte vil det å ta hensyn til self-cleaning tiltak være en mindre inngripende måte å oppnå målene som man ellers søker å oppnå med avvisning og utestengelse.

Det kan også være slik at self-cleaning ikke bare virker som en slags formildende substitutt, men også kan virke som et positivt virkemiddel for å oppnå formålene med avvisning. For eksempel, når det kommer til bekjempelse av korrupsjon, kan self-cleaning adgangen være et godt insentiv for en leverandør til å unngå slike handlinger i fremtiden. For hvis korrupt personell blir fjernet fra organisasjonen, og man i tillegg har iverksatt tilstrekkelige administrative grep, må man kunne si at formålet med å forhindre korrupsjon er blitt imøtekommet. Man kan til og med hevde at selskapet som har iverksatt self-cleaning tiltak vil ha en mindre risiko for igjen å handle i strid med regelverket. Sånn sett vil self-cleaning, i tilfelle der tiltakene gir god gevinst, formalisere et godt insentiv for leverandører å handle lovlydig i fremtiden. Det samme gjelder i stor grad når det kommer til å beskytte offentlige midler. Man kan beskytte offentlige midler med en effektiv prosess på en mindre inngripende måte enn ved en komplett avvisning av tilbydere ved å tillate self-cleaning som vurderingsmoment, siden man må anse disse leverandørene som troverdige og man på den måten får større mulighet for å inngå kontrakt med den beste tilbyderen.

3.3.2 Likebehandling, ikke-diskriminering og self-cleaning

I Storebælt dommen (sak C-243/89) fastslår EU-domstolen at ikke-diskriminering og likebehandling er sentrale momenter og følger av selve hovedformålet med anskaffelsesdirektivet.⁵⁰ Det innebærer at sammenliknbare tilfeller skal behandles likt, og tilfeller som ikke kan sammenlignes ikke skal behandles likt, uavhengig av nasjonalitet og virksomhetsland.

Ettersom avvisningsregimet i anskaffelsesretten ikke er ment å være pønalt, men heller eksis-

⁴⁹ Hjelmeng og Søreide (2014) s. 4

⁵⁰ Premiss 33, hvor det uttales: «Det er i saa henseende tilstraekkeligt at fastslaa, at direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt naevner princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, men at forpligtelsen til at overholde dette princip foelger af selve hovedformaalet med direktivet»

terer for å opprettholde og skape tillit til offentlige myndigheter, kan det argumenteres for at fraværet av self-cleaning adgang, som har vært realiteten i mange land frem til nå, vil være i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette på bakgrunn av at økonomiske aktører som har tatt omfattende grep for å rense seg selv, i prinsippet vil bli behandlet likt med aktører som ikke har tatt tilsvarende grep. Dette er et synspunkt som også har blitt bekreftet av EU-domstolens Fabricom-avgjørelse, hvor det konkluderes med domstolen måtte ta en avgjørelse om likebehandlingsprinsippet kunne være til hinder for en nasjonal belgisk bestemmelse.⁵¹ Dette er dog en avgjørelse som gikk ut på rådgiverhabilitet, men den er etter mitt skjønn likevel relevant for å belyse likebehandlingsprinsippetets betydning. Den belgiske bestemmelsen gikk ut på at personer skulle automatisk utelukkes hvis de hadde vært ansvarlige for undersøknings eller annet planleggingsarbeid i relasjon til en kontrakt. Kommisjonen selv mente at regelverket var i samsvar med EU-regelverket.⁵² Domstolen kom frem til at bestemmelsen ikke stod seg i forhold til europeisk anskaffelsesrett, fordi det ikke ga leverandøren mulighet til å bevise at vedkommende, og den erfaring han hadde oppnådd med tanke på forundersøkelser, ikke var i stand til å gi ham og leverandøren et konkurransefortrinn, man ble derimot automatisk avvist.⁵³ Domstolen sier med andre ord at det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å tillate leverandører med ulovlige konkurransefortrinn å delta i anbudsprosessen, men det vil også være i strid med likebehandlingsprinsippet å ikke gi dem en mulighet til å bevise det motsatte. Følgelig ligger prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering til grunn for at self-cleaning tiltak må tas med i vurderingen når man avgjør om en økonomisk aktør skal avvises fra en anbudsprosess på bakgrunn av art. 57(1) i anskaffelsesdirektivet.

3.4 Oppsummering

Som vi har sett i dette kapittelet søker anskaffelsesregelverket å sikre en effektiv og rettferdig konkurranse, gjennom å forebygge kriminalitet og opprettholde tilliten til prosessen, leverandører og offentlige myndigheter. Disse formålene og prinsippene gir sitt utslag på mange måter, avhengig av hvilket perspektiv man har. Eksempelvis er effektivitetshensynet på overordnet nivå et litt annet enn det er i mer konkrete konkurransesituasjoner. Samtidig har vi sett at de overordnede EU-rettslige prinsippene om proporsjonalitet, ikke-diskriminering og likebehandling også er høyst relevante og tilstede i avvisningsbestemmelsene, og har en motiverende og styrende virkning på hvordan bestemmelsene tolkes og anvendes. Både når det kommer til på hvilken måte medlemslandene implementerer regelverket og hvordan den enkelte kontraktsmyndighet forholder seg til regelverket når den tar beslutninger om avvisning fra sak til sak. Dette gir også sitt utslag på self-cleaning adgangen for det første at disse prinsippene har virket motiverende for lovfestingen av prinsippet og for det andre ved at den enkelte med-

⁵¹ Fabricom EU-domstolens forente saker C-21/03 og C-34/03

⁵² Premiss 44

⁵³ Premiss 36

lemsstat og kontraktsmyndighet må ta hensyn til disse når de fastsetter avvisning og utestengelsesperiode.

4 Avvisningsgrunnlagene

4.1 Problemstilling

I dette kapitlet vil jeg ta for meg utgangspunktetene i avvisningsregelverket, da med hovedfokus på obligatorisk avvisning, for å gjøre rede for bakgrunnen for behovet for self-cleaning adgangen i anskaffelsesretten. Det er nettopp disse bestemmelsene self-cleaning adgangen fungerer som en unntaksregel for og det er, slik jeg ser det, hensiktsmessig å gjøre rede for disse. På den måten fungerer de som et bakteppe for behovet for self-cleaning adgangen og for å plassere self-cleaning rent rettslig. Først i dette kapitlet vil jeg gjøre rede for noen tolkningsmomenter i relasjon til den generelle obligatoriske avvisningsbestemmelsen, før jeg tar for meg avvisningssgrunnlagene. Til slutt skal jeg ta for meg rekkevidden av bestemmelsen særlig med tanke andre unntak fra avvisningsplikten og kort om spørsmålet om identifikasjon mellom leverandører og selskaper.

Self-cleaning er altså, som sagt, en mulighet for en leverandør og igjen kunne delta i en anbudsprosess, selv om man i fortiden er avvist. Spørsmålet som så følger er hvorfor man i utgangspunktet skal gjennomføre self-cleaning tiltak. Eller sagt på en annen måte; hva er den rettslige begrunnelsen for plikten til å utestenge en økonomisk aktør på bakgrunn av forhold ved leverandøren selv? Og, som følge av dette, hvor lenge er man utestengt?

4.2 Obligatorisk avvisning

4.2.1 Innledning

De obligatoriske avvisningsgrunnlagene er fastsatt i 2014 direktivets art. 57 (1), og lyder:

«De ordregivende myndigheder skal udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de har fastslået ved en verifikation i henhold til artikel 59, 60 og 61, eller på anden vis er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en endelig dom er dømt for et af følgende forhold: (...) Forpligtelsen til at udelukke en økonomisk aktør gælder også, når en person, der er dømt ved endelig dom er medlem af den økonomiske aktørs administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har beføjelse til at repræsentere eller kontrollere eller til at træffe beslutninger heri.»⁵⁴

En økonomisk aktør skal altså bli utestengt fra deltakelse i en anskaffelseprosess dersom den har fått en rettskraftig dom på grunnlag av en av de forbrytelsene som er nevnt i første ledd. Nytt i 2014 direktivet er at det eksplisitt nevnes at også personer som er medlem av administrasjon og ledelse, eller personer med representasjons- avgjørelses- eller kontrollmyndighet

⁵⁴ Anskaffelsesdirektivet art. 57 (1)

som har fått en rettskraftig dom på samme måte omfattes. Dette er en presisering i forhold til det tidligere direktivet. Situasjoner som ikke omfattes av direktivet er der «vanlige» ansatte blir dømt, dette må anses som en organisatorisk feil, og omfattes ikke av den obligatoriske avvisningsplikten, men kan sannsynligvis prøves under de fakultative avvisningsbestemmelsene.⁵⁵

4.2.2 Om vilkåret «kjenner til»

Det er et krav for at man skal kunne avvise en tilbyder at man «kjenner til» at den økonomiske aktøren er rettskraftig dømt for en av overtredelsene nevnt i art. 57 (1). Og selv om det er oppstilt en rekke nye regler om dokumentasjon av vandel o.l., som jeg vil komme tilbake til, eksisterer det ikke noen form for informasjonsplikt eller plikt for kontraktsmyndigheten å undersøke om det foreligger noe straffbart forhold.⁵⁶ Det er altså tilstrekkelig at oppdragsgiver har positiv kunnskap om forholdet.

I Norge har departementet anbefalt at i noen tilfeller kan det være hensiktsmessig å ha dokumentasjonskrav, spesielt i kontrakter som etter sin art og størrelse kan være «følsomme i forhold til strafferettslige overtredelser (...)».⁵⁷ Tilfelle er her også her at det er i stor grad opp til nasjonale myndigheter å definere rekkevidden av dokumentasjonskrav hos oppdragsgiver.

I og med at det ikke eksisterer noen informasjons- eller undersøkelsesplikt foreligger det en mulighet for at man tilbyr en kontrakt til en leverandør som skulle vært avvist i utgangspunktet. Riktignok har man etter det nye direktivet en mulighet til å gå tilbake og kansellere kontrakten på bakgrunn av forhold man er blitt kjent med i ettertid eller situasjoner som oppstår i på et senere tidspunkt.⁵⁸ Dette er en nyvinning og presisering i forhold til det gamle direktivet. Tidligere forholdt anskaffelsesregelverket seg i hovedsak til prosessen frem til signering av en kontrakt. Og det var høyst usikkert og opp til hvert enkelt medlemsland i større grad enn i dag, å avgjøre hvorvidt det var en adgang til å kansellere allerede inngåtte kontrakter. Man måtte i så fall, slik som i Norge, se hen til alminnelige kontraktsrettslige regler.⁵⁹ Artikkel 73 åpner også for en videre bruk av kansellering av kontrakter enn det som står i bestemmelsen, jf. ordlyden i førte ledd «*hvert fald*», noe som kan gi nasjonale myndigheter adgang til å utvide kanselleringsmuligheten til også å gjelde de fakultative avvisningsgrunnene.⁶⁰

⁵⁵ Priess (2014) s. 114

⁵⁶ FAD veiledning s. 184

⁵⁷ FAD (2011) s.8-9

⁵⁸ Anskaffelsesdirektivet art. 73

⁵⁹ FAD (2011) s. 7

⁶⁰ Priess (2014) s. 116

Uansett vil ikke det å behandle avvisningsspørsmålet i etterkant være en optimal måte å behandle avvisning på. Dette vil kunne gjøre anskaffelsesinstituttet mindre troverdig og mindre effektivt. Denne adgangen bør i all hovedsak bli brukt som en sikkerhetsventil, og et troverdig og forutberegnelig system for å innhente informasjon bør etableres.

4.2.3 Om vilkåret «rettskraftig dom»

I fortalen til 2004-direktivet ble det presisert i punkt 43 at det er kun er dommer med kraft res judicata etter medlemsstatenes rett som innbefattes av avvisningsplikten.⁶¹ Altså dommer som etter nasjonal rett er endelige. Det har blitt stilt spørsmål om vedtatte forelegg skal kunne sidestilles med rettskraftig dom. I norsk rett er disse sidestilt.⁶² Også reelle hensyn tilsier at dette er tilfelle for anskaffelser.⁶³ Samtidig har departementet uttalt at det ikke er noen automatikk i at de sidestilles i dette henseende bare på grunnlag av strpl. §258.⁶⁴ Det er uansett en åpning for medlemsstatene å avklare dette nasjonalt. Direktivteksten sier, som i 2004, intet når det gjelder hvorvidt forbrytelser som er begått utenfor EU skal sidestilles. Etter forrige direktiv har dette ført til ulik praksis i de ulike medlemslandene.⁶⁵ Da denne problemstillingen ligger utenfor oppgavens kjerneområde, vil jeg kun legge til grunn i denne oppgaven at en rettskraftig dom skal forstås som en endelig dom, hvor ankefristen er utløpt.

4.2.4 De enkelte avvisningsgrunnlagene

4.2.4.1 Deltakelse i organisert kriminalitet

Grunnlaget «deltakelse i organisert kriminalitet» sier at en rettskraftig dom for deltakelse i en kriminell organisasjon gir grunnlag for obligatorisk avvisning. I motsetning til 2004-direktivet, som henviser til Rådets fælles aktion 98/773/RIA, henvises det her til art. 2 i Rådets rammeavgjørelse om bekjempelse av organisert kriminalitet fra 2008.⁶⁶ Denne inneholder en oppstilling av hvilke handlinger som kategoriseres som deltakelse i en kriminell organisasjon, og innebærer ingen vesentlig realitetsforandring når det gjelder det materielle i forhold til det gamle direktivet. Kort sagt så omhandler bestemmelsen tilfeller der man er kjent skyldig i straffbare handlinger i avtale med andre, eller når man forsettlig har bidratt med opp-

⁶¹ Anskaffelsesdirektivet forale (2004) premiss 43

⁶² Straffeprosessloven §258

⁶³ Dragsten (2013) s.527

⁶⁴ Trygstad (2008) s.384

⁶⁵ Priess (2014) s.3

⁶⁶ Rådets rammeavgjørelse 2008/841/RIA

lysninger, materiell eller finansiering av en kriminell organisasjon.⁶⁷

4.2.4.2 Korrupsjon

Dette er kanskje det viktigste og mest relevante grunnlaget for obligatorisk utestengelse. Denne bestemmelsen er heller ikke ny, men endringene i henvisningene i direktivteksten og definisjonen av korrupsjonen innebærer i realiteten en skjerpelse og presisering sammenlignet med 2004-direktivet.

I det forrige direktivet innebar korrupsjon at man yter eller lover en motpart en fordel, enten for ham selv eller en tredjemann med forsett, slik at han skal gjøre noen eller la være å handle knyttet til hans verv.⁶⁸ Det gamle direktivet nevnte ikke bestikkelse og korrupsjon som involverte internasjonale organisasjoner. Dette var inntatt i det opprinnelige forslaget til 2004-direktivet, men ble altså til slutt utelatt.⁶⁹ Resultatet av denne endringen førte til at det i henhold til teksten kunne tilbydere som var dømt for korrupsjon i tilknytning til kontrakter med internasjonale organisasjoner fortsatt delta i anbudprosesser i medlemsland. Williams (2006) nevner at det lå en implisitt fordel i en slik måte å gjøre det på i og med at en slik snever definisjon gir en større klarhet angående hva som kan lede til utestengelse. Dessuten var dette i overensstemmelse med EU-rettens korrupsjonsbestemmelser, også utenfor anskaffelsesretten.

Utviklingen fra det gamle direktivet innebærer at det har blitt lagt til flere nye definisjoner av korrupsjonsbegrepet som gjør at selve begrepet utvides og får langt flere implikasjoner. For eksempel har man lagt til en bemerkning om at definisjoner i nasjonal lovgivning skal gjelde på lik linje med EU-rettens definisjoner. Dette innebærer at dersom man bryter med en korrupsjonsbestemmelse enten i landet til kontraktsmyndigheten eller faller inn under en korrupsjonsdefinisjon som stammer fra landet der tilbyderen har sitt sete, så vil dette kunne føre til avvisning.

I praksis gjør dette at EU aksepterer også definisjoner og rettstradisjoner utenfor det europeiske samarbeidet, siden de nasjonale definisjoner også skal vurderes. En kontraktsmyndighet skal etter dette kunne avvise en leverandør som har blitt rettskraftig dømt etter en korrupsjon i teorien hvor som helst i verden. Dette står i motsetning til resten av artikkel 57, som har basert seg på at en slik frihet skal overlates til medlemslandene selv.

⁶⁷ Se definisjoner i art. 1

⁶⁸ Dragsten (2013) s.527

⁶⁹ Williams (2006) s.15

4.2.4.3 *Bedrageri*

Når det kommer til avvisningsgrunnlaget bedrageri («svig») er denne så og si identisk med den i det gamle direktivet. Svik (fraud, svindel) ble etter 2004-direktivet definert som handlinger og/eller unnlatelser knyttet til «falske, urigtige eller ufuldstændige erklæringer eller dokumenter» som fører til urettmessig oppbærelse eller tilbakeholdelse av fellesskapets midler, eller bruk av de midlene på annen måte enn det de er bevilget for, eller forhold som erknyttet til forminskelse av fellesskapets inntekter, eller manglende innberetning av opplysninger eller urettmessig utnyttelse av en lovlig oppnådd fordel med samme følge.»⁷⁰ Dette er i samsvar med den nye bestemmelsen som i likhet med den gamle henviser til artikkel 1 i konvensjonen om beskyttelse av det Europeiske fellesskaps finansielle interesser.⁷¹

Denne er ikke gjennomført i norsk rett, og man valgte her hjemme en videre løsning enn i direktivteksten. For i direktivet er det kun bedrageri av EU-midler som omfattes, mens man i norske forskriften, med det gamle direktivet som bakteppe, valgte å angi bedrageri generelt og av alle typer midler. Dette gjør at den norske bestemmelsen går lengre enn direktivteksten.

4.2.4.4 *Nye avvisningsgrunnlag*

I bokstav d i det nye direktivet har man fått en nyvinning i forhold til det gamle. Her blir handlinger knyttet til terrorisme eksplisitt nevnt som et grunnlag som plikter myndighetene til å avvise tilbyderer. Denne er basert på terrorisme slik det er definert i EUs rammeverkavgjørelse om bekjempelse av terrorisme fra 2002.⁷² I tillegg har man inntatt domfellelse for barnearbeid og andre former for menneskehandel i bokstav f. Det er også inntatt et nytt ledd i bokstav e (tidligere d) som omhandler terrorfinansiering, som et tillegg til hvitvasking av penger som også var inntatt i det gamle direktivet som grunnlag for obligatorisk avvisning.

Disse nye bestemmelsene som er inntatt viser at man har et langt mer globalt perspektiv på anskaffelsesretten nå, enn tidligere. Det er ikke sikkert at disse kommer til å være de mest anvendte bestemmelsene, men det er klart at man har tatt inn over seg at man befinner seg i et globalt marked medfører at medlemsland i økende grad handler med aktører også utenfor EU, og omvendt at tilbydere innen EU/EØS grense handler med myndigheter og aktører utenfor EU.

En annen forandring i det nye direktivet er at brudd på plikt til å betale skatter og bidrag velferdsordninger kan bli ansett som grunnlag for obligatorisk avvisning. Dette er presisert i art.

⁷⁰ Dragsten (2013) s.528

⁷¹ BFI. art. 1

⁷² RIA/2002/475

57 (2), som åpner for at slike brudd kan gi grunnlag for både avvisningsplikt og avvisningsrett. I det gamle direktivet kunne dette bare gi grunnlag for en fakultativ avvisning, jf. Direktivets art. 45 (2) bokstav e.⁷³ Dette innebærer at lovgiver ser på slike overtredelser som mer alvorlige. Eksempelvis har både Ungarn og Storbritannia allerede lignende bestemmelser i sitt regelverk.⁷⁴ Dette er også forhold som er til hinder for et effektivt anskaffelsesregime og i andre enden avgjørende for å ha tilliten til tilbyderne. Det nye direktivet sier altså at anskaffelsesmyndigheten har plikt til å avvise en tilbyder dersom den har forsømt sine skatteplikter. Videre er det et vilkår at dette endelig og bindende har blitt avgjort.

Det har også blitt innført en slags «self-cleaning light» i dette henseende.⁷⁵ En aktør kan ikke bli utestengt dersom den har imøtegått sine forpliktelser, eller startet en prosess i samarbeid med myndighetene for å betale det den skylder.⁷⁶ Det er altså en adgang for tilbyderne å rense seg selv uten å måtte gå gjennom de samme intrikate stegene som alminnelig self-cleaning krever. Lovgiver har her valgt å behandle lovbrudd hva angår skattefusk og manglende bidrag til velferdsordninger på en annen og mindre inngripende måte enn de andre lovbruddene som kan føre til obligatorisk avvisning. Alminnelig self-cleaning vil følgelig ikke være relevant i denne sammenhengen.

4.2.5 Fakultativ avvisning

I det nye anskaffelsesdirektivet er det også vesentlige endringer når det gjelder de fakultative avvisningsgrunnene, altså i tilfeller der myndighetene kan avvise dersom grunnlagene foreligger. Dette i motsetning til de obligatoriske, hvor myndighetene plikter å avvise dersom det foreligger en rettskraftig dom på et av grunnlagene. Det er generelt blitt en utvidet adgang til å avvise leverandører i det nye direktivet. Dette er på grunn av at det er opplistet og satt fokus på flere avvisningsgrunner og hensyn. I direktivet nevnes grunner som miljø, sosiale forhold, arbeidsforhold, bransjeetikk og dårlige erfaringer som kan lede til avvisningsrett.

Den fakultative avvisningen er regulert i art. 57 (4), som lyder: «De ordregivende myndigheter kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:»⁷⁷ Det er altså ikke her noe krav om en rettskraftig domfellelse. Denne bestemmelsen gir således en skjønnsmessig adgang for kontraktsmyndighetene til å avvise økonomiske aktører på grunnlag av forhold ved leverandøren.

⁷³ Anskaffelsesdirektivets (2004) art.45 (2) bokstav e

⁷⁴ Priess (2014) s. 117

⁷⁵ Priess (2014) s. 117

⁷⁶ Anskaffelsesdirektivets art.57 (2) tredje ledd

⁷⁷ Anskaffelsesdirektivet art. 57 (4)

Oppsummert kan en leverandør avvises dersom den:

- har brutt generelle forpliktelser, miljø, sosial- og arbeidsmarkedslovgivning,
- er konkurs eller er under insolvens- eller likviditetsbehandling,
- har begått forsømmelse med tanke på den yrkesmessigeandel,
- har inngått avtaler som forvrenger konkurransen,
- er involvert interessekonflikt eller har tidligere involvert seg på en dårlig måte,
- har vært involvert på et tidligere stadie i prosessen,
- har sviktende evne til å gjennomføre kontrakten,
- har tilbakeholdt eller gitt uriktige opplysninger,
- har urettmessig påvirket prosessen på en slik måte at det kan virke konkurransevridende.

Også her må man ta hensyn til proporsjonalitet og likebehandling ved avgjørelsen om man velger å avvise en leverandør. Også hensyn til samfunnsinteressen kan bli tatt med som et skjønnsmoment, hvert fall med tanke på den som er skissert i art. 57 (3), men også self-cleaning tiltak vil her være relevante. En annen ting som er verdt å nevne er en presisering i forhold til 2004-direktivet som gir medlemsstatene en videre adgang til å gjøre avvisningsrett til avvisningsplikt. I det nye direktivet lyder den generelle fakultative bestemmelsen:

«De ordregivende myndigheter kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker.»⁷⁸

Dette er en avklaring som kan være avgjørende ved implementering i nasjonal lovgivning i medlemsland. Dette må tolkes dit hen at det tillates at medlemsland kan implementere fakultative grunner som obligatoriske avvisningsgrunner. Dette er en avklaring i forhold til det tidligere regelverket som var taus på dette punktet.⁷⁹

4.2.6 Utestengelsesperioden

En annen nyvinning i det nye direktivet er art. 57 (7) som stadfester at man ikke kan sette utestengelsesperioden til lengre enn 5 år for obligatoriske avvisningsgrunnlag og 3 år for de fakultative grunnlagene. Medlemsstatene står for øvrig fritt til og selv å fastsette en maksimal utestengelsesperiode som er mindre inngripende enn det som står i direktivteksten. Direktivteksten er taus når det gjelder utestengelsesperiode for selskaper som er utestengt på bakgrunn av art. 57 (2), altså manglende skattebetaling og sosialt bidrag. Man kan derfor argumentere for at selskaper under disse tilfellene kan utestenges til de har gjort opp for seg.⁸⁰ Det eksiste-

⁷⁸ Anskaffelsesdirektivet art.57 (4)

⁷⁹ Anskaffelsesdirektivet (2004) art. 45 (2)

⁸⁰ Priess (2014) s. 122

rer dog en unntaksregel for maksimumsregelen som er hentet fra fransk rett, og som må antas også gjelde for det nye direktivet. Denne innebærer at nasjonale domstoler kan etter straffeforfølgning fastsette en lengre utestengelsesperiode enn det som er fastsatt i direktivet, nærmest som en tilleggstraff.⁸¹ I tillegg er det nedfelt et annet unntak i selve direktivtekstensom sier at hvis utestengelsen i seg selv er satt av en rettskraftig dom så vil ikke 5 års regelen gjelde.⁸² I slike tilfeller må utestengelsesperioden fastsettes etter en generell vurdering ut i fra proporsjonalitetsprinsippet. Her vil heller ikke self-cleaning tiltak nødvendigvis være relevante momenter i vurderingen.⁸³

Når det gjelder utestengelsesperioden for selskaper som er utestengt på grunn av interessekonflikt og tidligere involveringer, kan ikke art. 57 (7) gjelde direkte. Dette på grunn av at utestengelsen på dette grunnlag kun kan gjøres fra sak til sak, det er ikke noe overtredelse som er blitt begått. Dette vil følgelig heller ikke ha noen innvirkning på tilliten til prosessen, og en lengre utestengelse kan heller virke urimelig.⁸⁴

Self-cleaning vil her særlig være et moment som er relevant når man skal vurdere hvor lang utestengelsesperioden skal være. Har man gjennomgått de relevante tiltak, vil det naturlig nok kunne føre til en kortere utestengelsesperiode. Det er dog en viss uoverensstemmelse mellom denne bestemmelsen og self-cleaning adgangen. Dersom et selskap har blitt utestengt på grunn av for eksempel hvitvasking av penger, det aktuelle medlemslandet har fastsatt en maksimumsperiode på 3 år, og selskapet ikke foretar noen self-cleaning tiltak, vil dette kunne føre til at selskapet igjen skal kunne være med i anbudsprosesser etter tre år. Uten at det har blitt iverksatt noen form for tiltak som utad kan bidra til at selskapet igjen er en troverdig samarbeidspartner. Dette vil ikke være i tråd med formålet med anskaffelsesdirektivet, og vil kunne svekke tilliten til prosessen. Likevel kan det argumenteres for at en slik maksimumsbestemmelse vil være nødvendig sett i lys av proporsjonalitetsprinsippet. Dette er en vanskelig avveining, i og med at man risikerer en drastisk oppmykning i avvisningsinstituttet. Denne problemstillingen vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.

⁸¹ Pünder (2009) s. 23

⁸² Anskaffelsesdirektivet art. 57 (7) siste pnkt.

⁸³ Arrowsmith (2014) s. 1272

⁸⁴ Pünder (2009) s. 23

4.3 Dokumentasjon

4.3.1 Innledning

Vurderingstemaet blir etter dette hva som skal anses som tilstrekkelig informasjon for å bevise at:

1. grunnlagene for avvisning er, eventuelt ikke er, til stede,
2. det har blitt foretatt tilstrekkelige self-cleaning tiltak.

Det første spørsmålet er i mange henseende regulert i det nye direktivet.⁸⁵ Det andre spørsmålet er ikke avklart og denne oppgaven må anses å være opp til medlemsstatene selv.

I art. 57(1) refereres det til dokumentasjonsreglene i artiklene 59, 60 og 61. Dette er bestemmelser som regulerer krav til dokumentasjon fra leverandøren. Introduksjonen av et felles anskaffelsesdokument vil gi midlertidig bevis for en aktørs berettigelse, og erstatter andre sertifikater.⁸⁶ Hva disse sertifikatene innebærer er usikkert, men må sannsynligvis tolkes vidt, og omfatte all dokumentasjon som er presisert i art. 60.⁸⁷ De andre reglene om dokumentasjonskrav i art 62, 63 og 64 er i det store og hele en videreføring fra det gamle direktivet og omhandler detaljerte regler om dokumentasjon.⁸⁸ Kjernen i dokumentasjonen som skal klargjøres er at de skal legge grunnlaget for vurderingen om leverandøren møter de kvalifikasjonskrav som er fastsatt i art. 58. Kvalifikasjonskrav kan betraktes som minimumskrav som myndighetene setter til en potensiell leverandør for at den skal være med i en anbudsprosess.⁸⁹

4.3.2 Dokumentasjonskrav og Det Europeiske anskaffelsesdokument, art. 59

Innføringen av Det Europeiske anskaffelsesdokument(ESPD), er omtalt av EU selv som en stort steg i arbeidet med å forenkle anskaffelsesprosessen.⁹⁰ ESPD kan betraktes som en egen-erklæring fra leverandørenes side som skal gi en midlertidig dokumentasjon på at aktøren ikke befinner seg i en situasjon som kan føre til avvisning etter art. 57,⁹¹ at aktøren møter de relevante kvalifikasjonskravene etter art. 58,⁹² og at leverandøren eventuelt møter de kriteriene

85 Anskaffelsesdirektivet art. 59 og art. 60

86 Anskaffelsesdirektivet art. 59

87 Priess (2014) s. 124

88 NOU 2014: 4 s. 180

89 NOU 2014: 4 s. 180

90 Se fortalen premiss 84

91 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (1) bokstav a

92 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (1) bokstav b

som er satt i en prosess hvor det er et begrenset antall deltakere etter art. 65.⁹³ Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

«1. På tidspunktet for innsendelse af ansøgninger om deltagelse eller af tilbud accepterer de ordregivende myndigheder det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), der består af en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand, til bekræftelse af, at den relevante økonomiske aktør opfylder en af de følgende betingelser:

a) der er ikke tale om en af de i artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket

b) aktøren opfylder de relevante udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 58

c) aktøren opfylder, hvor det er relevant, de objektive regler og kriterier, som er opstillet i henhold til artikel 65.

(...)

Såfremt den ordregivende myndighed kan skaffe de supplerende dokumenter direkte gennem adgang til en database i henhold til stk. 5, indeholder ESPD ligeledes de oplysninger, der kræves til dette formål, såsom databasens internetadresse, enhver form for identifikationsoplysninger og, hvor det er relevant, den nødvendige samtykkeerklæring.»⁹⁴

Når det gjelder selve tidsaspektet er det fastsatt i bestemmelsens første ledd at kontraktsmyndigheten må akseptere egenerklæringen som dokumentasjon på tidspunktet for enten når leverandøren erklærer at den vil delta i anbudsprosessen, eller når den kommer med et anbud. Dokumentet er altså bindende for kontraktsmyndigheten i den forstand at de må akseptere det som bevis i de innledende stadiene i en tildelingsprosess.

ESPD skal for det første bestå av en formell erklæring fra leverandøren hvor den avklarer hvorfor årsakene til avvisning ikke er til stede og hvorfor kvalifikasjonskravene er oppfylt.⁹⁵ Videre skal det angis hvilken myndighet som er ansvarlig for og eventuelt utfylle denne informasjonen og utstede attest. Hva erklæringen helt konkret skal inneholde skal fastsettes av kommisjonen.⁹⁶ Dette er som sagt kun en midlertidig erklæring, og det er i utgangspunktet kun vinneren av anbudet som skal fremlegge ytterligere informasjon. Selv om kontraktsmyndigheten må akseptere ESPD som tilstrekkelig informasjon i innledende stadier av prosessen, kan myndighetene når som helst etterspørre ytterligere informasjon, hvis dette anses som nødvendig. Dette er dog ikke påkrevd med mindre tilbydere vinner anbudet.⁹⁷

93 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (1) bokstav c

94 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (1)

95 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (1) tredje ledd

96 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (2)

97 Public Procurement reform fact sheet No. 3

Prosesen er også blitt gjort lettere i det nye direktivet med etableringen av såkalte e-sertifikater.⁹⁸ Dette er en database som jevnlig blir oppdatert av nasjonale myndigheter og inneholder attester og sertifikater fra alle EU/EØS-land.

I art. 60 nr. 2 i det nye direktivet er det inntatt en bestemmelse som omhandler de krav på dokumentasjon man har for å avklare om man har å gjøre med en leverandør som kan føre til avvisning etter art. 57. Det fremgår her at kontraktmyndigheten skal verifisere forholdet på bakgrunn av art. 59, 60 og 61 i direktivet. Man må med andre ord i første omgang forholde seg til egenerklæringen som bevis. Som sagt kan man når som helst senere i prosessen etter spørre ytterligere dokumentasjon. Straffeattest eller annen relevant dokumentasjon fra medlemslandene må her sees på som tilstrekkelig.⁹⁹

Det er liten tvil om at ordningen med ESPN er en bestemmelse som vil virke ressursbesparende for både oppdragsgiver og leverandør. Det er et system som i utgangspunktet bygger på tillit i den forstand at man i første omgang må stole på den egenerklæringen som leverandøren leverer. I alle tilfelle vil jo unndragelse av eller feilaktige opplysninger gi grunnlag for avvisning på selvstendig grunnlag.¹⁰⁰ Også hensynet til en kontraktsmyndighet som ønsker å innhente ytterligere og mer detaljert informasjon er også ivarettatt gjennom at leverandøren plikter å fremlegge ytterligere dokumentasjon når oppdragsgiver spør om det.

4.3.2.1 Tilfeller der myndighetene må akseptere egenerklæring

I alle tilfelle må kontraktsmyndighetene akseptere ESPN som bevis for at de har å gjøre med en troverdig tilbyder, når det kommer til om leverandøren faller inn under avvisningsgrunnlagene i art. 57, om leverandøren imøtekommer utvelgelseskriteriene i art. 58 og om de, dersom det er relevant, oppfyller kriteriene i henhold til art.65.¹⁰¹ Egenerklæringen fungerer, som sagt, bare som en foreløpig erstatning for «certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand».¹⁰² Hva et sertifikat i denne sammenhengen innebærer er ikke helt klar, men etter ordlyden tyder det på at man her har å gjøre med dokumentasjon som er utstedt fra offentlige myndigheter. På bakgrunn av dette kan man vanskelig forstå direktivteksten slik at disse sertifikatene er de samme som alle de forskjellige som er referert til andre steder i direktivet, attester og erklæringer fra private som for eksempel bankutskrifter faller dermed utenfor.¹⁰³

98 Anskaffelsesdirektivet art. 61

99 Anskaffelsesdirektivet art. 60 (2) bokstav a og b

100 Anskaffelsesdirektivet art. 57 (4) bokstav h

101 Anskaffelsesdirektivet art. 65: Kriterier for en anbudsprosess med begrenset antall leverandører.

102 Anskaffelsesdirektivet art. 59 (1).

103 Arrowsmith (2014) s. 1305

4.3.2.2 Tilfeller der myndighetene ikke behøver å akseptere egenerklæring

Kravet om å akseptere egenerklæring som dokumentasjon gjelder bare for avgjørelsen om å la leverandører delta i en anbudsprosess, forut for avgjørelsen om tildeling skal foretas. I det avgjørende tildelingsstadiet, når man har bestemt seg for det beste tilbudet, må myndighetene aktivt søke bevis for dokumentasjonen i egenerklæringen. Dette er fastsatt i art. 59 (4). Riktignok vil plikten til å innhente ytterligere informasjon bare gjelde i det omfanget som kontraktsmyndighetene selv har gjort rede for det i tildelingsprosessen. Det vil si at det er et element av skjønn i avgjørelsen med tanke på i hvilken utstrekning myndighetene må skaffe bevis for om leverandøren er kvalifisert og i noen tilfeller er egenerklæringen tilstrekkelig bevis, også for den som har vunnet anbudet. For også når det kommer til kravet med å innhente ytterligere dokumentasjon her, vil kravet bare gjelde i den grad slike dokumenter er nødvendige for kontraktsmyndigheten selv når de skal ta avgjørelsen.¹⁰⁴

Også i andre tilfeller vil ikke det være nødvendig for myndighetene å akseptere egenerklæringen som bevis. Et eksempel på dette er det man i fortalen til direktivet kaller «procedurer med to faser.»¹⁰⁵ Dette er tilfeller der hvor kontraktsmyndighetene tar i bruk muligheten til å begrense antall deltakere i anbudsprosessen.¹⁰⁶ Hvis man for eksempel ønsker å invitere fem leverandører til en begrenset anbudsprosess, men det er flere enn fem som imøtekommer kravene som blir stilt.¹⁰⁷ Her vil det være ønskelig og invitere de fem som har mest relevant erfaring for den aktuelle kontrakten. I slike tilfeller kan oppdragsgiver kunne ønske å få ytterligere dokumentasjon, på dette stadiet, på tidligere arbeider i tillegg til egenerklæringen. Begrunnelsen for denne adgangen til å innhente ytterligere dokumentasjon på dette stadiet er begrunnet i fortalen med at hvis «de ordregivende myndigheter opfordrer ansøgere til at delta, som senere viser sig ikke at være i stand til at indsende de supplerende dokumenter i tildelingsfasen, og dermed forhindrer andre i øvrigt kvalifiserte ansøgere i at delta.»¹⁰⁸

4.3.3 Dokumentasjonskrav og self-cleaning

Sett i lys av det som er sagt over kan det oppstå tilfeller der kontraktsmyndigheten ønsker å få fremlagt mer detaljert informasjon samtidig som de mottar tilbudet. Det kan være tilfeller der det kreves en subjektiv vurdering om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.¹⁰⁹ Det

¹⁰⁴ Arrowsmith (2014) s. 1310

¹⁰⁵ Anskaffelsesdirektivets forale premiss 84

¹⁰⁶ Fortalen nevner «begrensede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber» som slike tilfeller.

¹⁰⁷ Eksempelet er hentet fra Arrowsmith (2014) s. 1307

¹⁰⁸ Fortalen premiss 84

¹⁰⁹ NOU 2014: 4 s. 185

kan for eksempel være krav om innhenting av vareprøver eller redegjørelse av tekniske fasiliteter, men det kan også tenkes en slik problemstilling i forbindelse med vurderingen av self-cleaning tiltak.¹¹⁰

I mangel av avklaringer fra EU vil jeg her prøve å søke forklare hvordan dokumentasjonskrav til self-cleaning fungerer i land som allerede har hatt en lengre praksis med self-cleaning adgangen, nemlig Tyskland og Østerrike.

I østerriksk rett er det obligatorisk for kontraktsmyndighetene å ta self-cleaning tiltak med i vurderingen om en tilbyder skal avvises eller ikke.¹¹¹ Her har man et system hvor dette blir gjort fra sak-til-sak.¹¹² Det vil si at man ikke har noen generell utestengelsesmulighet, i motsetning til Tysk rett, hvor man har en slik adgang.¹¹³ Sak-til-sak vurderingen fungerer slik at hvis kontraktsmyndigheten blir kjent med et grunnlag for avvisning av tilbyderen, så krever østerriksk lov at tilbyderen skal få muligheten til å forklare seg og bevise at self-cleaning tiltak har blitt foretatt.¹¹⁴ Bevisbyrden ligger altså hos selskapet selv, i hver enkelt sak. Avgjørelsen om disse tiltakene er tilstrekkelige blir så tatt av kontraktsmyndigheten under selve tildelingsprosessen.

Østerriksk rett fungerer altså slik at dersom man kommer over en tilbyder som man i utgangspunktet finner grunnlag for å avvise, skal man gi det aktuelle selskapet mulighet til å føre bevis og forsvare seg for å bevise at det ikke lenger eksisterer grunnlag for avvisning. Dette er et system som ivaretar proporsjonalitetsproblemet, men som ikke sikrer selskapenes likebehandling i den forstand at man blir hengende igjen med sine tidligere feil, og dessuten er det lite effektivt i den forstand at kontraktsmyndigheten selv må bruke omfattende ressurser på å innhente og verifisere dokumentasjon fra leverandøren.

Slik regelverket står i dag har ikke kontraktsmyndigheten noen selvstendig adgang til å vurdere disse tiltakene forut for egenerklæringen på en uavhengig måte, og det vil være unødvendig tyngende, slik jeg ser det, for en leverandør om den skal måtte erklære at man har gjennomført tilstrekkelige tiltak i en egenerklæring. Særlig på grunn av at dette vil kunne avskrekke en kontraktsmyndighet fra å tilby den aktuelle leverandøren en kontrakt siden man for det første ved at den tidligere har handlet som en uærlig aktør og for det andre, kan dette potensielt vil føre til merarbeid for myndighetene. Slik jeg ser dette vil en slik løsning ikke være forenlig med likebehandlingsprinsippet, altså hvis man handler i strid med regelverket på dette punktet

¹¹⁰ NOU 2014: 4 s. 185

¹¹¹ Fruhmann (2010)

¹¹² Arrowsmith (2009) s. 190

¹¹³ Arrowsmith (2009) s. 70

¹¹⁴ Fruhmann (2010)

og avviser tilbydere som ikke skulle vært avvist. Dette vil kunne medføre at leverandøren får en konkurranseulempa i forhold til konkurrentene.

En av hensiktene med self-cleaning adgangen er at en aktør som har gjennomført tilstrekkelige tiltak skal likebehandles med en som ikke er blitt avvist i utgangspunktet. Med bakgrunn i dette må de samme reglene for dokumentasjonskrav gjelde for dem som for andre. Dermed bør det være tilstrekkelig for en leverandør som har gjennomført self-cleaning tiltak at man utsteder en egenerklæring i henhold til art. 59, og eventuelt avvente for ytterligere dokumentasjonskrav fra den aktuelle kontraktsmyndighet.

Når det gjelder når og av hvem self-cleaning vurderingen skal bedømmes, er som sagt direktivet taust. I lys av det som er skrevet over ser jeg potensielt to løsninger på denne problemstillingen. Enten må avgjørelsen om self-cleaning tiltakene er tilstrekkelig vurderes i forkant av en egenerklæring, av et uavhengig og eksternt organ. Alternativt så må dette skje av oppdragsgiver når den aktuelle leverandøren har blitt tilbudt kontrakten, evt. når oppdragsgiver etterspør ytterligere dokumentasjon. Begge disse løsningene ivaretar hensynet til leverandøren, og dens krav på likebehandling og proporsjonalitetsprinsippet. Særlig siden at dersom self-cleaning blir en del av selve anbudsprosessen vil dette medføre en uforholdsmessig tilleggssanksjon.

En løsning med at et uavhengig organ, sentralisert eller desentralisert, er best egnet til å foreta en slik vurdering er det også åpnet for i anskaffelsesdirektivets forale premiss 102. Dette kan også være en fordel på grunn av en slik avgjørelsesprosess kan gi større grad av forutberegnelighet, i tillegg til en bedre bruk av ressurser og høyere kvalitet på avgjørelsene, enn en avgjørelse som er fattet av den enkelte kontraktsmyndighet.¹¹⁵ Jeg vil komme tilbake til denne vurderingen i kapittel 5.

4.4 Rekkevidden av bestemmelsene

For det første er det viktig å avklare at art. 57 (1) gjelder når det er avsagt en rettskraftig dom som berører et av de obligatoriske avvisningsgrunnlagene i bestemmelsen. Videre for å vurdere rekkevidden av avvisningsgrunnlagene vil dette i hovedsak være et spørsmål om identifikasjon mellom selskaper og selskaper og personer.

For det første omfatter ikke bestemmelsen tilfelle der en vanlig ansatt, som ikke har noen representasjonsmyndighet, eller er ansvarlig for avgjørelser eller kontroll, blir rettskraftig dømt.

¹¹⁵ Arrowsmith (2014) s. 1272

Dette er nå lovfestet i det nye direktivet.¹¹⁶ Det er altså ikke nok at man har begått rene administrative tilsynsfeil ovenfor sine ansatte, dette vil ikke være tilstrekkelig til å bli utestengt på obligatorisk grunnlag.

Når det kommer til identifikasjon mellom selskaper, er dette et så vidtrekkende tema at jeg ikke vil gå i dybden på det her. Kjernen er uansett at det avgjørende vurderingskriteriet er interaksjonen mellom selskapene, for eksempel mellom et selskap og deres datterselskap.¹¹⁷ Det kan argumenteres for at dersom datterselskapet opererer som en agent for moderselskapet, vil også moderselskapet kunne bli avvist. Det er i alle tilfelle en konkret vurdering som må legges til grunn, hvor også her proporsjonalitetsprinsippet vil være avgjørende.

I tillegg til identifikasjonsspørsmålet reiser problemstillingen om bestemmelsens rekkevidde spørsmål om anvendelsen av bestemmelsens andre unntaksregel (i tillegg til self-cleaning) i art. 57 (3). Denne sier eksplisitt at ved eksepsjonelle tilfelle som har å gjøre med samfunnsinteressen, kan man likevel, til tross for at leverandøren er rettskraftig dømt, tillate selskapet å delta i anbudsprosessen. Det nye direktivet nevner også eksplisitt at det må ha å gjøre med tilfelle hvor den offentlige helse eller beskyttelsen av miljø står på spill.¹¹⁸ Avvisningsinstituttet vil følgelig ikke ha innvirkning i disse tilfellene. Økonomiske og rent anskaffelsesmessige hensyn vil altså ikke være tilstrekkelig her. Det er i alle tilfelle et åpent spørsmål om det praktiske anvendelsesområde for denne bestemmelsen nå som self-cleaning adgangen er lovfestet. Man kan argumentere for at det skal mye til for at en leverandør som ikke har gjennomført self-cleaning tiltak skal kunne aksepteres i en konkurranse på grunn av samfunnsmessige hensyn.¹¹⁹

Det er derimot uklart når det kommer til hvilken virkning en rettskraftig dom fastsatt utenfor EU vil ha. Med tanke på det forrige direktivet ble dette løst forskjellig i ulike medlemsland.¹²⁰ I Storbritannia var det bare dommer fra EU/EØS som ble ansett som relevante, mens i Tyskland og Østerrike ble dommer også fra land utenfor EU/EØS ansett som relevante.¹²¹

¹¹⁶ Anskaffelsesdirektivets art. 57 (1) siste pnkt.

¹¹⁷ Williams (2006) s. 22

¹¹⁸ Anskaffelsesdirektivets art. 57 (3)

¹¹⁹ Trygstad (2014)

¹²⁰ Priess (2014) s. 114

¹²¹ Ibid. s. 114

5 Vurdering

5.1 Innledning

Jeg skal i denne delen av oppgaven ta for meg oppgavens tre hovedspørsmål, nemlig forholdet mellom self-cleaning og avvisningsplikten, herunder hva som er de avgjørende momentene for vurderingen om self-cleaning tiltakene er tilstrekkelige, og i hvilken grad bestemmelsene om dokumentasjonskrav og utelukkelsesperioden tar høyde for innføringen av self-cleaning i det nye anskaffelsesdirektivet. Sentralt for alle disse tre spørsmålene ligger proporsjonalitetsprinsippet, effektivitetshensyn, behov for tillit og kravet om likebehandling, disse grunnleggende hensyn vil derfor være sentrale i drøftelsen av spørsmålene over.

5.2 Self-cleaning og avvisningsplikten

Det er, som jeg har nevnt over, en klar sammenheng mellom proporsjonalitetsprinsippet og forholdet mellom self-cleaning adgangen og avvisningsbestemmelsen i direktivet.¹²² Oppsummeringsvis kan dette sies å innebære at tilbudet fra en leverandør skal tas med i en anbudsvurdering, dersom formålet med å avvise aktøren fra prosessen kan oppnås med mindre inngripende midler, og disse midlene er like effektive. Self-cleaning tiltak kan være et eksempel på slike midler.

I dette henseende er det viktig, slik jeg ser det, å påpeke en forskjell på i hvilken måte proporsjonalitetsprinsippet får anvendelse på henholdsvis obligatorisk og fakultativ avvisning. Bakgrunnen for forskjellen er at de obligatoriske avvisningsgrunnene baserer seg på en overordnet policy i EU, og er et ledd i å bekjempe økonomisk kriminalitet.¹²³ Det forhold at disse bestemmelsene fører til en avvisningsplikt, gjør at man ikke kan overse en utestengelse under henvisning til proporsjonalitetsprinsippet, men det vil også ha den virkningen at man kan stille spørsmål ved om utestengelsens rekkevidde er proporsjonal. Til sammenligning bestemmer art. 96 i EUs finansforordning, som også opererer med en utestengelsesperioder, at sanksjoner «stå i forhold til aftalens størrelse og alvoren af de begåede fejl».¹²⁴ Det er altså en eksplisitt kobling til proporsjonalitetsprinsippet. I lys av dette er det klart at kontraktsmyndighetene bør ta hensyn til self-cleaning, ikke bare når det kommer til om en leverandør er egnet til å delta i anbudsprossesen, men art.57 (6) og (7) må også tolkes slik at det må tas med i vurderingen når det kommer til eventuell utestengelse og utestengelsens varighet.

¹²² Se kapittel 3.3.1

¹²³ Fog og Steinicke (2009)

¹²⁴ EU Finansforordning art. 96

Det vil i alle tilfelle stride med generell EU rett, især proporsjonalitetsprinsippet og anskaffelsesrett å inneha et standpunkt om en a priori avvisning av self-cleaning tiltak i vurderingen om et selskap skal avvises.¹²⁵ På denne bakgrunn så har man i norsk rett og rettspraksis¹²⁶ også fastslått at også den obligatoriske avvisningen kun er et utgangspunkt.¹²⁷ Avvisningsplikten er med dette i norsk rett altså ikke absolutt. Dette er altså begrunnet i en alminnelig vurdering om at dette ikke er forholdsmessig, og man nevner eksplisitt at self-cleaning tiltak skal inntas i denne vurderingen, i tillegg til andre momenter.¹²⁸ I Norconsult saken ble som sagt self-cleaning nevnt, men det var i all hovedsak tidsperspektivet som gjorde at foretaksstraff ble ansett som uforholdsmessig.¹²⁹ Andre momenter som ble vurdert var alvorligheten og straffverdigheten av den straffbare handlingen.¹³⁰

5.2.1 Hva er tilstrekkelig self-cleaning?

Det som er nevnt over er også relevante med tanke på hva som er de avgjørende momenter når det kommer til vurderingen av om self-cleaning tiltakene skal anses som tilstrekkelige. Det nevnes nemlig eksplisitt i art. 57 (6) i vurderingen av om tiltakene er «tilstrækkelige» skal man legge vekt på «grovheden av og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen».

Det er med andre ord en konkret vurdering av den aktuelle leverandøren som skal foretas og vurderingen av tiltakene må være underlagt en forholdsmessighetsvurdering med tanke på forbrytelsen som er begått. Dersom forbrytelsen er av en alvorlig art så må man kunne fastsette strengere og mer vidtgående krav til tiltakene enn om overtredelsen var av mindre graverende art. I relasjon til den obligatoriske avvisningen, må man kunne hevde at dersom man i utgangspunktet skulle bli avvist på grunn av et av disse forholdene så vil kravet til self-cleaning tiltakene være strengere enn dersom man blir avvist på grunnlag av at man tidligere har involvert seg på en av de mindre alvorlige fakultative grunnlagene. Det kan også være tilfeller der tidsaspektet vil ha avgjørende betydning for self-cleaning vurderingen, dette har for eksempel vært tilfelle i tysk rett.¹³¹ Siden noe av det sentrale formålet med bestemmelsen er å skape rom for at leverandøren igjen skal fremstå troverdig, vil det i mange tilfelle ville være urimelig og uforholdsmessig å kreve omfattende self-cleaning tiltak fra en leverandør som for lang tid tilbake har gjort seg skyldig i et relevant forhold, og i hele tidsrommet etter

¹²⁵ Sak C-455/08 Commission v. Ireland, para.28

¹²⁶ FAD (2011) og Norconsult-dommen (Rt.2013 s. 1035)

¹²⁷ Premiss 89

¹²⁸ Premiss 89

¹²⁹ Premiss 92

¹³⁰ Premiss 89

¹³¹ Pünder (2009) s. 84

dette har vært lovlydig. Betydningen av tidsaspektet vil dog bli mindre der den kriminelle handlingen er grov.¹³²

5.3 Self-cleaning og utestengelsesperioden

Fastsettelsen av utestengelsesperioden som resultat av obligatorisk avvisning innebærer en vurdering hvor to grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper potensielt kolliderer. Dersom man har et system hvor man har satte perioder for utestengelse kan dette gå på akkord med proporsjonalitetsprinsippet, og motsatt, dersom man har et system hvor utestengelsen blir satt på en sak til sak basis av en dommer, kan dette by på problemer i lys av likebehandlingsprinsippet, på grunn av at man risikerer at like tilfeller blir behandlet ulikt.

Når det kommer til self-cleaning og utestengelsesperioden, så kan det virke intuitivt i lys av det som er skrevet over om proporsjonalitetsprinsippet at self-cleaning tiltak bør være innvirkende på hvor lang tid utestengelsesperioden skal være.¹³³ Det er imidlertid en viss uoverensstemmelse mellom teori og lovgivning på dette området. Som sagt, har man nedfelt en maksimal utestengelsesperiode på 5 år for forhold som berøres av obligatorisk avvisning, også dersom leverandøren ikke foretar noen self-cleaning tiltak. Dette er i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet, men vil potensielt kunne stride mot både likebehandling og den preventive effekten av avvisningsinstituttet. Slik jeg ser det kan dette i realiteten føre til en oppmykning av avvisningsreglene og minske den preventive effekten. Dette til tross for det tap som påføres en leverandør som utestenges for hele perioden blir påført.

På en annen side er det klar at det også vil stride med proporsjonalitet og likebehandlingsprinsippet om self-cleaning tiltak ikke skal ha innvirkning på utestengelsesperioden. Dette synes naturlig i og med at man på denne måten kan oppnå formålet med avvisningsinstituttet på en mindre inngripende måte enn ved en full avvisning i hele utestengelsesperioden. Det er også i samsvar med likebehandlingsprinsippet, i den forstand at man dermed behandler like aktører likt, siden det motsatte, nemlig å behandle alle leverandører som har blitt dømt for eksempelvis korrupsjon likt, uavhengig av graden av self-cleaning tiltak, ikke vil være heldig i dette henseende.

Hjelmeng og Søreide (2013) har tatt opp noen av de samme problemstillingene som er vurdert over. I denne artikkelen argumenterer de for at en utestengelse på 2-4 år (eller maksimum 5 år som nå er lovfestet) ikke nødvendigvis, isolert sett, er tilstrekkelig for at man igjen skal kunne

¹³² Pünder (2009) s. 85

¹³³ Se kapittel 5.2

ha å gjøre med en troverdig tilbyder.¹³⁴ Hvorfor skal man da kunne stole på tilbyderen, og eventuelt hvor lang tid er nok tid?

For det første argumenterer Hjelmeng og Søreide (2013) for at det gir mening, etter alminnelig straffeteori, at reaksjonens omfang øker proporsjonalt med alvorligheten av handlingen, eksempelvis den økonomiske fordel som er blitt tjent.¹³⁵ Som følge av dette vil det være vanskelig å forsvare en fastsatt utestengelsesperiode, uavhengig om den er på 2,3 eller 5 år. Derfor, sier de videre, vil den mest intuitive løsningen være at man etablerer et regime med en viss proporsjonalitet med tanke på både alvorligheten av handlingen og hvilke tiltak selskapet har iverksatt for igjen å fremstå troverdig.¹³⁶ Følgelig, hvis formålet ikke bare er å sanksjonere og skape en preventiv effekt, men i tillegg å legge til rette for at leverandører igjen skal få opparbeide seg troverdighet, og ikke minst at kontraktsmyndighetene og som en konsekvens av dette, også befolkningen, igjen skal kunne stole på leverandøren, så må det etableres et system som legger føringer og insentiver for at man skal kunne stole på at selskapet faktisk har forbedret seg. Det må altså, ifølge Hjelmeng og Søreide, være et element av self-cleaning for at utestengelsen skal kunne opphøre.¹³⁷ Oppsummeringsvis kan man si at de argumentere for at utestengelsesperiodens lengde skal avhenge av den kriminelle handling og troverdigheten til self-cleaning tiltakene. Desto mer alvorlig handling, desto lengre utestengelsesperiode, desto mer troverdighet med tanke på self-cleaning tiltak, desto kortere utestengelsesperiode.

Spørsmålet blir, som en konsekvens av dette, om utestengelsesreglene i det nye direktivet i lys av dette tar høyde for self-cleaning adgangen. Spørsmålet må i første omgang besvares positivt, i den forstand at art. 57 (7) eksplisitt nevner at man plikter å ta hensyn til self-cleaning tiltak når man fastsetter utestengelsesperioden. Dette må tolkes dit hen at dersom man gjennomfører slike tiltak, så kan utestengelsesperioden bli kortere. Bestemmelsen legger ingen føringer når det kommer til hvordan denne vurderingen skal foretas eller hvor mye «rabatt» man kan få. Dette er opp til medlemslandene selv å fastsette ved nasjonal implementering.

Uavhengig av nasjonal implementering, må man altså kunne si at det er tatt høyde for self-cleaning i art. 57 (7) som omhandler utestengelsesperioden. Det som derimot kan oppfattes om noe motstridende, er kravet om at man må fastsett en maksimumsperiode for utestengelsen. Hvis formålet er at man igjen skal kunne stole på tilbyderen, bør man kunne kreve at selskapet uavhengig av tidsperspektivet har gjennomført self-cleaning tiltak. Det virker uhensiktsmessig og lite preventivt om et selskap igjen skal kunne være med i en anbudsprosess uten å ha gjennomført slike tiltak. Det er nettopp på grunn av hensynet til kontraktsmyn-

¹³⁴ Hjelmeng og Søreide (2014) s. 6

¹³⁵ Hjelmeng og Søreide (2014) s. 7

¹³⁶ Ibid. s. 7

¹³⁷ Ibid. s. 7

dighetene at man i utgangspunktet har etablert avvisningsinstituttet. Det skal i utgangspunktet ikke ligge noe pønalt formål med regelverket. Det vil ikke ligge noe garanti i tidsaspektet når det kommer til myndighetenes troverdighet ovenfor en tilbyder. På den måten kan åpningen for maksimal utestengelsestid føre til en svekkelse av både den preventive effekten av regelverket og avvisningsinstituttet som sådan. Riktignok kan den reelle maksimale utestengelsesperioden bli lengre enn fem år, i og med at startpunktet for utestengelsesperioden ved obligatorisk utestengelse er satt til datoen for domsavgjørelsen.¹³⁸ Dette endrer imidlertid ikke på det prinsipielle i at man burde kreve at det settes i verk elementer av self-cleaning for at utestengelsen skal kunne opphøre.

5.4 Self-cleaning og dokumentasjonskrav

Vurderingsmomentet i denne delen er i hvilken grad det nye anskaffelsesdirektivet tar høyde for self-cleaning når det kommer til hvilke dokumentasjonskrav som kreves i tildelingsprosessen, og hvordan denne vurderingen skal foretas, da særlig på kvalifikasjonsstadiet. Sagt på en annen måte, så skal det vurderes om det lovfestede kravet om egenerklæring er tilstrekkelig for å dokumentere om self-cleaning tiltak er gjennomført på en tilfredsstillende måte.

Som nevnt i kapittel 4.3.2 er ikke self-cleaning eksplisitt nevnt i bestemmelsen som omhandler ESPD, rent bort i fra den generelle henvisningen til art. 57. Det kan heller ikke være tilstrekkelig at oppdragsgiver «kjenner til» self-cleaning tiltak for at selskapet skal bli renvasket.¹³⁹ Derimot er det opparbeidet et system i det nye direktivet som gjør det lettere å ha en oppdatert liste over om kvalifikasjonskriteriene er møtt.¹⁴⁰ Det som likevel ikke er avklart er om kontraktsmyndighetene i en medlemsstat har mulighet til å avkreve bevis for at egenerklæringen og bevis for øvrig er tilstrekkelig oppdatert før man tillater deltakelse i anbudsprosessen.¹⁴¹ Dette er det dog åpnet for når det kommer til avvisning på grunn av manglende skatteinnbetaling, noe som kan indikere at det ikke er mulig når det kommer til obligatorisk avvisning.¹⁴² Arrowsmith (2014) argumenterer derimot for at dette kan brukes som en analogi for også straffeavvisning.¹⁴³ Man må uansett kunne anta at myndighetene kan kreve oppdatert informasjon når leverandøren har vunnet anbudet og tildelt kontrakten. Slik sett er det klart at ESPD åpner for en vurdering av self-cleaning tiltak, i den forstand at kontraktsmyndighetene på hvilket som helst tidspunkt i etterkant av de innledende stadiene i anbudsprosessen kan kreve ytterligere og utfyllende informasjon og bevis fra leverandøren.

¹³⁸ Arrowsmith (2014) s. 1283

¹³⁹ Jf. Art. 57 (1)

¹⁴⁰ Anskaffelsesdirektivet art. 61

¹⁴¹ Arrowsmith (2014) s. 1302

¹⁴² Arrowsmith (2014) s. 1302

¹⁴³ Ibid. s. 1302

Det ligger imidlertid, til tross for denne adgangen, etter mitt skjønn en implisitt motstrid mellom bestemmelsene på dette punktet. For hensikten med ESPD er at det i utgangspunktet skal være et bindende dokument for oppdragsgiver for å kunne dokumentere om en aktuell leverandør er kvalifisert for å kunne være med i anbudsprosessen. Det virker klart at det motiverende for innføringen av egenerklæringen er effektivitetshensyn. Åpningen for innhenting av ytterligere informasjon bør derfor være relativ snever, utenom i relasjon til den vinnende tilbyder.¹⁴⁴ Hvis det er de ordregivende myndigheter som skal stå ansvarlig for vurderingen om en leverandør er kvalifisert, også når det kommer til om self-cleaning tiltak er gjennomført på en tilfredsstillende måte, følger det av effektivitetshensyn at egenerklæringen basert på egne self-cleaning tiltak skal kunne være tilstrekkelig dokumentasjon. I hvert fall i den innledende fasen. Det vil i alle tilfelle være grunnlag for avvisning dersom man legger frem uriktige opplysninger.¹⁴⁵ Samtidig skal også self-cleaning være et relativt snevert vei ut av uføre, og man skal kunne kreve mye av leverandøren, både av tiltak og dokumentasjon, for at dette skal bli ansett som tilfredsstillende gjennomført. Dette tilsier at man på dette punktet vil bli nødt til å anvende unntaket, innhenting av ytterligere informasjon, heller som en hovedregel enn som et unntak.

Denne situasjonen er altså ikke avklart, verken nøyaktig hva egenerklæringen skal inneholde, hvilken type dokumentasjon som er tilstrekkelig eller når myndighetene skal akseptere self-cleaning tiltakene. Det er fastsatt i direktivteksten at kommisjonen skal utarbeide standardformular i relasjon til egenerklæringen.¹⁴⁶ Dette vil forhåpentligvis avklare hvilke typer dokumentasjon som skal være tilstrekkelig for å kunne bevise tilstrekkelige self-cleaning tiltak. Det er også forutsatt i direktivets forord at det er opp til hvert enkelt medlemsland å fastsette disse innholdsmessige betingelsene.¹⁴⁷ Når det kommer til når, eller rettere sagt av hvem, self-cleaning vurderingen skal bedømmes står også medlemslandene fritt til å avklare dette nasjonalt. Det følger videre av forordet at det er opp til den nasjonale implementeringen å avgjøre om denne vurderingen skal foretas av den enkelte kontraktsmyndighet eller av andre myndigheter.¹⁴⁸

I Norge har forenklingsutvalget i relasjon til dette uttalt at de mener det er mest hensiktsmessig å overlate denne vurderingen til den enkelte oppdragsgiver.¹⁴⁹ Med den begrunnelse at det

¹⁴⁴ Se eksempel FAD(2011) s. 8-9, hvor undersøkelsesplikt gjelder når det etter kontraktens art eller størrelse er hensiktsmessig.

¹⁴⁵ Jf. Art. 57 (4) h

¹⁴⁶ Art. 59 (2)

¹⁴⁷ Premiss 102

¹⁴⁸ Premiss 102

¹⁴⁹ NOU 2014:4 s. 242

vil gi oppdragsgiver «den nødvendige og tilstrekkelige fleksibilitet» i den konkrete sak.¹⁵⁰ Det er altså oppstilt relativt fritt spillerom for medlemsstatene selv hvordan de ønsker å avklare denne situasjonen. Forenklingsutvalgets løsning er klart i samsvar med egenerklæringens effektivitetsformål, i den forstand at den minsker dokumentasjonsbyrden på begge parter. Likevel er det hensiktsmessig at man, ved implementeringen, i tillegg legger vekt på å utarbeide et system som også virker forutberegnelig og skaper tillit prosessen. Særlig med tanke på self-cleaning adgangens karakter, som et relativt snevert unntak ut av sanksjoner basert på potensielt alvorlige kriminalitet.

Slik jeg ser det ligger den mest hensiktsmessige løsningen i motstriden mellom self-cleaning adgangens karakter og effektivitetshensynet i at man må utarbeide et system hvor kontraktsmyndighetene skal kunne stole på egenerklæringen. Dette kan gjøres ved at vurderingen av om self-cleaning tiltak er tilstrekkelig skjer forut for utarbeidelsen av egenerklæringen. Det faktum at det er den individuelle kontraktsmyndighet som foretar denne vurderingen, vil i utgangspunktet ikke være tilstrekkelig med hensyn til likebehandling og forutberegnelighet.

En bedre løsning, slik jeg ser det, vil være om man fastsetter en vurdering av self-cleaning tiltakene på forhånd, slik at det står i egenerklæringen at den aktuelle leverandøren igjen imøtekommer de relevante kvalifikasjonskrav for prosessen, gjerne av et uavhengig organ. Og det er dette som da må legges i betegnelsen «ajourført egenerklæring» når det kommer til self-cleaning.¹⁵¹ Dette vil også være i samsvaret med tolkningen av begrepet «sertifikater» i forrige kapittel. På den måten vil man kunne ivareta behovet for en effektiv prosess, kombinert med at leverandørens krav om likebehandling og retten til forsvare seg blir ivaretatt. Dersom man adopterer en løsning lik forenklingsutvalget foreslår, vil det kunne føre til økt risiko for ad-hoc anvendelse av regelverket, hvor det avgjøres fra sak til sak om den enkelte leverandør igjen er til å stole på.

Ulempen med en slik løsning som jeg skisserer er at det kan føre til en praksis hvor man får et organ som i alminnelighet kan fatte et enkeltvedtak¹⁵² ved avgjørelsen om tiltakene er tilstrekkelige, og som igjen da følgelig kan ankes.¹⁵³ Slikt sett vil dette kun føre effektivitetsbyrde over på et annet organ, og man har kommet like langt. Man risikerer også en situasjon hvor en leverandør blir utestengt lengre ved at den på generelt grunnlag ikke blir ansett som kvalifisert, men i konkrete tilfeller kunne aktøren kanskje blitt ansett som troverdig. Her vil man i så fall stå ovenfor proporsjonalitetsproblemer.

¹⁵⁰ NOU 2014: 4 s. 242

¹⁵¹ Art. 59 (1)

¹⁵² I norsk rett, se definisjon i fvl. §2 første ledd, bokstav c

¹⁵³ Jf. Fvl. §28

Det er dermed et spørsmål om hvilke hensyn man betrakter å veie tyngst. Effektivitetshensynet vil utvilsomt kunne tilsi at self-cleaning vurderingen skal tas av den enkelte oppdragsgiver. Dette vil, som forenklingsutvalget fastslår, ville gi en effektiv og fleksibel prosess i tråd med formålet bak egenerklæringen. Samtidig vil en slik løsning gjøre prosessen lite forutberegnelig, og potensielt i strid med likebehandlingsprinsippet, i den forstand at man dermed bygger på en sak-til-sak vurdering av tilfellene. Dessuten risikerer man et effektivitetstap i den forstand at man på tildelingsstadiet kan ende opp med en leverandør som ikke tilfredsstiller kvalifikasjonskravene i utgangspunktet, fordi man ikke på forhånd har vurdert om self-cleaning tiltakene er tilstrekkelige. Årsaken til dette ligger i formålet bak egenerklæringen, som bygger på at man ikke skal behøve og faktisk bevise sine kvalifikasjoner på de innledende stadiene i prosessen. Det er også her viktig å ta med i vurderingen at self-cleaning adgangen er ment å være et relativt snevert unntak, og det skal kunne stilles strenge krav. Ved å overlate vurderingen til andre vil man lettere få en objektiv vurdering av tiltakene, slik at man unngår eventuelle tilfeller der leverandøren blir vurdert som kvalifisert på andre grunnlag enn om de faktisk har gjennomført tilstrekkelige tiltak.

Som følge av dette er det nødvendig at man tar hensyn til tilliten til myndighetene og prosessen ved implementeringen. Hjelmeng og Søreide (2013) nevner i sin artikkel tilfeller hvor man løper en risiko for at individuelle kontraktsmyndigheter kan omgå regelverket i større utstrekning enn det som er ønskelig.¹⁵⁴ Det kan være at den aktuelle leverandøren kan levere unike produkter eller tjenester, eller at de rett og slett kan stå for en høyere kvalitet enn sine konkurrenter.¹⁵⁵ Man løper også en risiko for at lokale myndigheter foretrekker lokale leverandører på bekostning av utenlandske eller andre nasjonale, og veier slike hensyn tyngre enn de som ville kunne lede til avvisning. På bakgrunn av dette fastslår Hjelmeng og Søreide (2013) at self-cleaning tiltakene ikke bør vurderes av den individuelle kontraktsmyndigheten, men heller av et eksternt organ.

I lys av dette vil ESPD slik det fremstår i dag, hvor man som hovedregel etablerer en midlertidig egenerklæring, som vurderes av den enkelte oppdragsgiver, vil man løpe en risiko for at hensynet til den leverandøren som faktisk har gjennomført self-cleaning tiltak i tilstrekkelig grad ikke blir ivaretatt. I tillegg vil det potensielt være en effektivitetsbyrde for den individuelle kontraktsmyndighet å måtte konfrontere avviste leverandører på sak til sak basis for å avklare om leverandøren har gjennomført tilstrekkelige tiltak. Slik jeg ser det vil behovet for en forutberegnelig og rettferdig anskaffelsesprosess her gjøre gjeldende at en vurdering forut for prosessen vil være nødvendig. I tillegg vil behovet for tillitt til kontraktsmyndighetene og en

¹⁵⁴ Hjelmeng og Søreide(2014) s. 6

¹⁵⁵ Ibid. S. 6

effektiv prosess, i den forstand at man ønsker best mulig pris/kvalitet/behov-ratio, tilsi det samme.

Etter mitt skjønn vil formålet med ESPD i prinsippet kunne falle litt bort, i relasjon til self-cleaning, dersom vurderingen skal foretas av den individuelle kontraktsmyndighet. Dette fordi det kan føre til at man konsekvent må overprøve egenerklæringen for å kunne dokumentere om self-cleaning tiltak er gjennomført på en god nok måte.

6 Avslutning

Denne oppgaven har tatt for seg lovfestingen av self-cleaning adgangen i det nye anskaffelsesdirektivet. Som vi har sett så er denne adgangen et svar på kritikken mot avvisningsplikens uforholdsmessige karakter og avhjelper denne bestemmelsen i den forstand at man kan få et rimeligere avvisningsinstitutt som både ivaretar prinsippet om proporsjonalitet, likebehandling og forutberegnelighet på en bedre måte enn det som var tilfelle under det gamle direktivet.

Self-cleaning vil også, i tillegg til nye avvisningsgrunner, også kunne styrke avvisningsinstituttet i den forstand at det sikrer tillit ved å ha et regelverk som hindrer uærlige tilbydere å delta, samtidig som det gir leverandører som er dømt for forhold som leder til avvisning, et insentiv til å forbedre seg. Til tross for dette oppstår det en rekke problemstillinger knyttet til self-cleaning adgangen. Som sagt så er det lagt opp til en stor grad av skjønnsfrihet for medlemsstatene når det kommer til implementeringen av det nye direktivet og avvisningsinstituttet. Dette innebærer at det er forekommer en usikkerhet for det første med tanke på meningsinnholdet og rekkevidden av self-cleaning adgangen. På bakgrunn av dette har jeg forsøkt å ta for meg bestemmelsen i lys av rettspraksis og teori fra europeiske land som har praktisert self-cleaning over en lengre periode. For det andre vil det, slik jeg ser det, oppstå et spørsmål om self-cleaning i relasjon til utestengelsesperioden. Det er klart i det nye direktivet at medlemsstatene må fastsette en maksimumsperiode for både fakultativ og obligatorisk avvisning. Slik jeg ser det, er ikke dette i full utstrekning i samsvar med self-cleaning adgangens formål, da man uansett bør kunne kreve self-cleaning tiltak for igjen å kunne få være med i en anbuds-konkurranse.

I alle tilfelle vil self-cleaning adgangen påvirke utestengelsesperioden i den forstand at det følger av proporsjonalitetsprinsippet at tilstrekkelige self-cleaning tiltak, i en samlet vurdering med avvisningsgrunnlagets art og alvorlighetsgrad, skal kunne begrense utestengelsesperioden. Dette følger også, til en viss grad, av likebehandlingsprinsippet, siden man i lys av denne ikke må behandle økonomiske aktører som har gjennomført tilstrekkelige self-cleaning tiltak på samme måte som aktører som ikke har gjort det samme.

Til sist knytter det seg usikkerhet til hvordan og på hvilket grunnlag self-cleaning skal dokumenteres. Det gis ingen klare føringer i det nye direktivet, og jeg har stilt spørsmål vedrørende om egenerklæringen i seg selv vil være tilstrekkelig. Innføringen av egenerklæringen vil utvilsomt lette på den administrative byrden for både leverandør og kontraktsmyndighet, men det vil samtidig være en utfordring med tanke på utarbeidelsen av et enhetlig og forutberegnelig system for self-cleaning vurderingen. Særlig på grunn av det i utgangspunktet ikke foreligger noen alminnelig undersøkelsesplikt, utenom når man har utpekt vinneren av anbudskonkur-

ransen. Jeg har argumentert for at kravet til forutberegnelighet, tillitt til myndighetene og likebehandlingsprinsippet, til en viss grad også kravet til effektivitet, peker i den retningen at denne vurderingen bør foretas av et eksternt organ forut for tildelingsprosessen.

7 Litteraturliste

7.1 Traktater, direktiver, forordninger og publikasjoner

TEU	Traktaten om Den europeiske union, Masstricht 1992
BFI	Konvensjonen om beskyttelse av Det Europeiske Fellesskapets finansielle interesser, 26.07.1995.
Direktiv 2004/18/EU	Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council Of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of Public works contracts, public supply contracts and public service contracts. (I teksten referert som anskaffelsesdirektivet (2004))
Direktiv 2014/24/EU	Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance (I teksten referert som anskaffelsesdirektivet)
RIA/2002/475	Rådets rammeavgjørelse af 13. juni 2002 om bekæmpelse af terrorisme, 13.6.2002.
EU-kommisjonen	Public procurement indicators 2011 (2012) 05.12.2012 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf [sitert 02.10.2014]
Finansforordningen	Rådsforordning Nr. 1605/2002/EF om finansordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget.

7.2 Rettspraksis

7.2.1 EU-domstolen

Sak C-243/89	Europa-Kommisjonen mot Danmark. S. 1993 I-03353
--------------	---

Sak C-455/08	Europa-Kommisjonen mot Irland. S. 2009 I-00225.
Sak C-331/88	The Queen mot Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health. S. 1990 I-04023
Sak C-213/07	Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikrateias. S. 2008 I-09999
Sak C-21/03 og Sak C-34/03	Fabricom SA mot den belgiske stat. S. 2005 I-01559

7.2.2 Norsk Rettspraksis

Norconsult	Rt. 2013 s. 1025
------------	------------------

7.3 Norske kilder

Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 10
Straffeprosessloven	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
SSB	<i>Statistisk sentralbyrå. Offentlige innkjøp, 2012</i> (2014) 22.8.2014 [sitert 02.10.2014] Link: http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2014-08-22
FAD(2011)	<i>Avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser.</i> Utarbeidet av Det Kongelige Fornyings-, administrasjon og kirke departementet, 12. januar 2011. [sitert. 31.10.2014] Link: http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf

FAD Veiledning *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Utarbeidet av Det Kongelige Fornyings- administrasjons- og kirkedepartement, 2013.
[sitert 31.10.2014]

Link:

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer_2013.pdf

NOU 2014:4 NOU 2014:4 *Enklere regler – bedre anskaffelser: Forenkling av det norske*

7.4 Litteratur

7.4.1 Bøker

Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3rd edition. London, 2014.

Arrowsmith (2005) Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd edition. London, 2005.

Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. *Offentlige Anskaffelser*, 1. utgave. Oslo, 2013

Pünder (2009) Pünder, Hermann, Hans-Joachim Priess og Sue Arrowsmith. *Self-Cleaning in Public Procurement Law* 1. Edition. Köln, 2009.

7.4.2 Artikler

Arrowsmith (2009) Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Preiss og Pascal Friton. *Self-cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct: An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?* I: *Public Procurement Law Review* (2009), s. 257-282

Link:

http://eprints.nottingham.ac.uk/1684/1/eprints_pplr_selfcleaning.pdf

Arrowsmith (2011) Arrowsmith, Sue. *Public Procurement Regulation: An introduction* EU Asia Inter University Network (2011)

- Fog og Steinicke (2009) Fog, Morten Qvist og Michael Steinicke. *Udbudsreglerne og bestikkelse*. I: Juristen nr. 10 (2009)
- Link:
<http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/Udbudsreglerne-og-bestikkelse/>
- Hjelmeng og Søreide (2014) Hjelmeng, Erling og Tina Søreide. *Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization..* I: University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-32 (2014)
- Link:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2462868
- Priess (2014) Priess, Hans-Joachim. *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*. I: Public Procurement Law review (2014)
- Trygstad (2008) Trygstad, Kristian Dahle. *Vedtatte foreleggs betydning for avvisningsplikten i forskrift om offentlige anskaffelser*. I: Lov og Rett, vol 47 (2008)
- Link:
<http://altadvokat.no/nedlasting/fil/2/Lov-og-Rett-2008---Kristian-Dahle-Trygstad.html>
- Williams (2006) Williams, Sope. *The mandatory exclusions for corruption in the new EC procurement directives..* I: European Law Review (2006)
- Link:
http://www.magres.nott.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/sope_exclusions_in_proc.pdf

7.5 Andre kilder

Fruhmman (2010) Fruhmman, Michael. *Self-cleaning – The AUT example and regulator's issues* PPN Conference. (2010)

Public Procurement *Simplification the rules for contracting authorities*
Reform Factsheet
no. 3.

Link:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-03-simplification-public-purchasers_en.pdf

Trygstad (2014) Trygstad, Kristian Dahle. E-post. 20. Mars 2014